

DE LA CONDITION DES BIENS GREVÉS de substitution permise

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1938, à 14 heures

PAR

Roger BRUANT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. MOREL, Professeur

Suffragants : MM. ROUAST, Professeur
CASSIN, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1938

DE LA CONDITION DES BIENS GREVÉS de substitution permise

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1938, à 14 heures

PAR

Roger BRUANT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. MOREL, Professeur

Suffragants : MM. ROUAST, Professeur
CASSIN, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR
289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1938

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON PÈRE

A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552009_0074

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Cf.	Comparez.
Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de Cassation.
Civ.	Chambre civile de la Cour de Cassation.
D.	Recueil périodique et critique Dalloz.
D. heb.	Dalloz hebdomadaire.
G.P.	Gazette du Palais.
G.T.	Gazette des Tribunaux.
J. Not.	Journal des Notaires.
Op. cit.	Opere citato.
Rép. Dalloz.	Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz.
Rép. Not.	Répertoire du Notariat et de l'Enregistrement.
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de Cassation.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. not.	Revue du Notariat.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
S.	Recueil de Jurisprudence Sirey.

BIBLIOGRAPHIE

ANCIEN DROIT

- Bourjon*. — Droit commun de la France, Paris 1747, 2 vol. t. 2.
- Denisart*. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. Paris 1771, 4 vol. t. 4, V^o Substitutions.
- Domat*. — Les lois dans leur ordre naturel. Paris 1777, 1 vol.
- Furgole*. — Commentaire de l'ordonnance de Louis XV sur les substitutions du mois d'août 1747, 1 vol.
- Guyot*. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Paris 1784, 17 vol. t. 16, V^o Substitution.
- Isambert*. — Recueil général des anciennes lois françaises, Paris 1822, 29 vol. t. 22 : Ordonnance de 1747.
- Pothier*. — Traité des substitutions. Édition Bugnet. Paris 1845, 10 vol. t. 8.
- Ricard*. — Traité des donations. Paris 1707-1713, 2 vol.
- Thévenot d'Essaule de Savigny*. — Traité des Substitutions Fideicommissaires. Paris 1778, 1 vol.

DROIT MODERNE

Ouvrages généraux.

- Aubry et Rau*. — Cours de droit civil français, 5^e édit. 12 vol. t. II, revu par M. Bartin, § 696.
- Baudry Lacantinerie et Colin*. — Traité théorique et pratique de droit civil. Donations entre vifs et testaments. 2^e édition, t. 2.
- Coin Delisle*. — Commentaire analytique du code civil. Liv. 3, tit. 2, Paris 1846, sur les articles 1047 et suivants.
- Colin et Capitant*. — Cours élémentaire de droit civil français, 7^e édition, t. 3.

- Demante et Colmet de Santerre.* — Cours analytique de code civil. Paris 1849-1884, 9 vol. t. 4.
- Demolombe.* — Cours de code Napoléon, 5^e édit. t. 22.
- Duranton.* — Cours de droit français. Paris 1825-1842, 22 vol. t. 9.
- Huc.* — Commentaire théorique et pratique du code civil. Paris 1892-1903, 15 vol. t. 6.
- Josserand.* — Cours de droit civil positif français. Paris 3^e éd. 1938, t. 3.
- Laurent.* — Principes de droit civil, Bruxelles et Paris 1869-1878, 33 vol. t. 14.
- de Malleville.* — Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil, Paris 1805-1807, 4 vol.
- Marcadé.* — Explication théorique et pratique du code Napoléon. Paris, édit. 1892, t. 4.
- Planiol.* — Traité élémentaire de droit civil, 12^e édit. 1932, 3 vol. t. 1 et 3.
- Planiol et Ripert.* — Traité pratique de droit civil français. Paris 1925-1934, 14 vol. t. 5.
- Touillier.* — Droit civil français. Paris 1830-1843, 21 vol. t. 5.
- Troplong.* — Droit civil expliqué. Paris 1855, 28 vol. Donations entre vifs et testaments, t. 4, Art. 1048 et s.

Thèses.

- Bartin.* — Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires au mœurs. Paris 1887.
- Bouzat.* — De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs. Rennes 1931.
- Dupuy.* — Des substitutions permises. Toulouse 1907.
- Gazin.* — Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique. Dijon 1910.
- Fontaine.* — Du mode de transmission des biens dans les substitutions. Lille 1935.
- Lacouture.* — Nature du droit du grevé et du droit de l'appelé dans les substitutions permises. Paris 1869.
- Leroux.* — Des prohibitions d'aliéner insérées dans les contrats et testaments. Rennes 1930.
- Martin Saint Léon.* — Des substitutions fidéicommissaires. Paris 1886.

- Mérignhac.* — Des substitutions permises. Toulouse 1900.
Plastara. — La notion juridique du patrimoine. Paris 1903.
Raynaud. — La nature juridique de la dot. Toulouse, 1934.

Périodiques :

- Dalloz : Recueil périodique et critique.
— Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
Gazette du Palais.
Gazette des Tribunaux.
Journal des Notaires.
Journal de l'Enregistrement.
Le Droit.
La Loi.
Pasicrisie Belge.
Répertoire du notariat et de l'enregistrement.
Revue critique de législation, doctrine et jurisprudence.
Revue du notariat.
Revue trimestrielle de droit civil.
Sirey : Recueil général des lois et arrêts.
— Recueil chronologique.

Répertoires :

- Dalloz : Répertoire de législation de doctrine et de jurisprudence. Paris 1856, et Supplément 1887, v^o Substitution.
— Répertoire Pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Paris 1910. Supplément 1927, v^o Substitution.
Encyclopédie du notariat et de l'Enregistrement. Paris 1890, V^o Substitution.
Fuzier Hermann.

PRINCIPALES DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES

- Turin, 29 Décembre 1810, S. 1810.2.181.
Paris, 11 Février 1813. Rép. Dalloz, v^o Substitution, n^o 330.
Douai, 27 Janvier 1819, S. et P. chronol.
Cass. 9 Janvier 1827, J.Not. 1827, art. 6223.

- Req., 5 Mai 1830, S. 1830.1.513, J. Not. 1830, art 7228.
Req. 16 Juin 1830 et 3 Février 1831, S. 1831.1.424.
Bordeaux, 21 Juillet 1830, J. Not. 1831, art. 7441.
Req. 7 Février 1831, Rép. Dalloz, v° Donations entre vifs,
n° 180, 3°.
Paris, 30 Janvier 1838, Rép. Dalloz, v° Substitution, n° 332.
Cass. 20 Janvier 1840, Rép. Dalloz, v° Enregistrement, n° 3904.
Colmar, 14 Août 1840, D. 1842.2.119, S. 1842.2.102.
Req. 17 Avril 1843, D. 1843.1.199, S. 1843.1.497.
Seine, 1^{er} Octobre 1846 et Paris 12 Janvier 1847, D. 1847.2.61,
J. Not., art. 12859 et 12956.
Riom, 4 Juin 1847. J. Not. 1847, art. 13128.
Paris, 12 Janvier 1847. D. 47.2.61, S. 47.2.82.
Paris, 25 Juillet 1850, D. 1851.2.170, S. 1850.2.459.
Douai, 18 Mars 1852, D. 1853.2.20.
Caen, 12 Juin 1854, D. 1855.2.193.
Civ. 17 Mars 1856, D. 1856.1.152.
Caen, 3 Mars 1860, D. 1860.2.65.
Dijon, 16 Août 1861, D. 1861.2.239, J. Not. 1861, art. 17271.
Seine 17 Mars 1865, D. 1866.3.40.
Metz, 13 Juillet 1865, D. 1865.2.126, S. 1866.2.29.
Orléans, 9 Avril 1867, D. 1867.2.57.
Nantes, 12 Juin 1873, J. Not. 1874, art. 21006, Rev. Not., art.
4552.
Paris, 23 Décembre 1873, D. 1876.2.124.
Pont-l'Evêque, 14 Avril 1874, Rev. not. art. 4673.
Orléans, 1^{er} Février 1876, D. 1878.2.95, S. 1876.2.112.
Bordeaux, 3 Mai 1877, D. 1878.2.95, S. 1877.2.236.
Seine, 29 Avril 1881, Rép. Not. 1881, art. 214, J. Not., art.
22587.
Paris, 9 Mars 1883, Rev. Not. 1883, art. 6785
Poitiers, 22 Mai 1883, D. 1884.2.40.
Req. 18 Mars 1884, D. 1884.1.419, S. 1884.1.345, J. Not.,
art. 23220.
Seine, 28 Novembre 1884, Rev. Not. 1885, art. 7110.
Châteauroux, 3 Juin 1885, Rép. Not. 1885, art. 2549, G.P.
1885.2.53.
Seine, 7 Décembre 1885, J. Not. 1886, art. 23540.

- Dijon, 26 Mars 1886, Rép. Dalloz, supplément, v° Substitution, n° 296.
- Req. 7 Avril 1886, D. 1887.1.220, S. 1886.1.485.
- Seine, 17 Novembre 1886, G.P. 1886.2.791, Rép. Not. 1886, art. 3380, J. Not. art. 23777. Rev. Not., art. 7665.
- Bruxelles, 23 Février 1888. Pasicrisie belge, 1888.2.253.
- Civ. 24 Juin 1889, D. 1890.1.17, S. 1891.1.225. J. Not. 1891, art. 24666.
- Douai, 25 Avril 1891, D. 1892.2.552.
- Seine, 13 Juin 1891, Rép. Not. 1892, art. 6622. La Loi, 27 Août 1891.
- Amiens, 6 Décembre 1892, D. 1893.2.129.
- Seine, 22 Mars 1893, G.P. 1893.1.484. Rép. Not. 1893, art. 7378.
- Paris, 3 Novembre 1893, G.P. 1894.1.44.
- Req. 13 Novembre 1893, D. 1894.1.268, S. 1897.1.516.
- Tonnerre, 13 Juin 1895, G.P. 1895.2.350.
- Seine, 12 Mai 1898, Le Droit, 13 Septembre 1898.
- Req. 14 Décembre 1898, D. 1901.1.489.
- Seine, 18 Janvier 1899, Le Droit, 7 Juillet 1899.
- Seine, 9 Mars 1899, Le Droit, 27 Juillet 1899.
- Paris, 4 Mai 1899, D. 1900.2.403, Rép. Not. 1899, art. 10892, J. Not. 1900, art. 26981.
- Civ. 26 Mars 1900, D. 1901.1.489.
- Melun 22 Février 1901, D. 1901.5.268.
- Agen, 25 Mai 1903, D. 1904.2.130, J. Not. 1903, art. 28025, Rép. Not. 1904, art. 13762.
- Brest, 2 Juin 1904, Rép. Not. 1907, art. 15291, J. Not. 1905, art. 28564.
- Civ. 20 Juin 1904, S. 1906.1.81 (note Tissier).
- Seine, 8 Juillet 1905, D. 1905.2.408.
- Req. 22 Janvier 1906, D. 1907.1.428, S. 1912.1.564. Rép. Not, 1906, art. 14660.
- Caen, 15 Novembre 1906, D. 1907.2.265 (note Planiol), S. 1907.2.313 (note anonyme).
- Lille, 21 Janvier 1907, G.P. 1907.1.630, Rép. Not. 1907, art. 15298.
- Req. 6 Mai 1908, D. 1909.1.285, S. 1910.1.297, note Tissier. J. Not. 1910, art. 29751, Rev. Trim. 1908, p. 552, Commentaire de M. Hémard.

- Châteaubriant, 25 Mars 1909, G.P. 1909.2.205. Rép. Not. 1909 art. 16278.
- Soissons, 15 Juin 1910, G.P. 1910.2.417. Rép. Not. 1910, art. 16830. Rev. Trim. 1910, p. 867. Commentaire de M. Hémond.
- Req. 20 Novembre 1911, D. 1914.1.104, S. 1913.1.502.
- Civ., 6 Mars 1912, D. 1914.1.12, S. 1914.1.399.
- Req. 29 Avril 1913, D. 1916.1.239.
- Amiens, 26 Juin 1913, D. 1915.2.22, Rép. Not. 1914, art. 18365.
- Seine, 23 Juillet 1914, Rép. Not. 1916, art. 18857, Rev. Trim. 1916, p. 130.
- Amiens, 24 Novembre 1915, G.T. 20-21 Novembre 1918.
- Bourges, 5 Avril 1916, D. 1917.2.105 (note Duparcq), J. Not. art. 31639, Rev. Trim. 1916, p. 546, et 1917, p. 136. Commentaire de M. Demogue.
- Civ., 29 Avril 1918, D. 1922.1.23, S. 1920.1.37. G.P. 1918. 1919.1.288, Rép. Not. 1918, art. 19276, Rev. Trim. 1918, p. 148. Commentaire de M. Wahl.
- Req. 5 Juin 1918, D. 1919.1.90. Rép. Not. 1918, art. 19274, Rev. Trim. 1919, p. 152. Commentaire de M. Hugueney.
- Civ. 10 Juin 1918, S. 1922.1.25, note Naquet, G.P. 1918. 1919.1.321. Rép. Not. 1918, art. 19275, D. 1919.1.90.
- Bordeaux, 7 Juillet 1919, S. 1925.1.273.
- Boulogne-sur-Mer, 24 Octobre 1919, G.P. 1919.2.355, Rép. Not. 1920, art. 19528, Rev. Trim. 1920, p. 391. Commentaire de M. Hugueney.
- Seine, 26 mai 1922, D. 1925.2.149 (Note Plassard), Rép. Not., art. 20238, J. Not., art. 33389, Rev. Trim. 1922, p. 926 et 1923, p. 511, Commentaire de M. Demogue.
- Civ., 28 Février 1923, D. 1925.1.189 (Note Plassard), S. 1925. 1.273 (Note Vialleton), G.P. 1923.1.599, Rev. Trim. 1923, p. 803, Commentaire de M. Savatier; Rev. Crit. 1925, p. 17, Commentaire de M. Morel.
- Seine, 29 Juin 1923, D. 28.2.9.
- Yvetot, 5 Juillet 1923, G.P. 1923.2.439.
- Rouen, 22 Octobre 1924, D. 1926.2.54, G.P. 1925.1.298.
- Paris, 14 Janvier 1926, D. Heb. 1926, p. 241, D. 1928.2.9 (Note Plassard), J. Not. 1928, art. 35471, Rev. Trim. 1926, p. 794, Commentaire de M. Savatier.
- Bordeaux, 3 Janvier 1927, G.P. 1927.1.530.
- Paris, 6 Novembre 1928, G.T. 16 Juin 1929.

- Nevers, 11 Décembre 1929, G.P. 1930.1.325, J. Not. 1930, art. 36194, Rev. Trim. 1930, p. 428, Commentaire de M. Savatier.
- Lille, 18 Mars 1930, D. Heb. 1930, p. 326, Rev. Trim. 1930, p. 821, Commentaire de M. Savatier, Rev. Crit. 1933, p. 63, Commentaire de M. Trasbot.
- Req., 27 Avril 1933, J. Not. 1934, art. 38020, Rev. Trim. 1933, p. 884, Commentaire de M. Demogue.
- Saint-Nazaire, 27 Décembre 1936, G.P. 1936.1.476, Rev. Trim. 1936, p. 524, Commentaire de M. Savatier.
- Paris, 20 Janvier 1937, J. Not. 1938, art. 39566, G.T. 27 mars 1937.

INTRODUCTION

Il peut paraître étrange de consacrer une étude à la condition des biens grevés de substitution permise. Cette institution est aujourd'hui peu employée. Les traités modernes, s'ils consacrent d'assez longs développements aux substitutions, s'attachent surtout à en préciser les caractères afin de fixer exactement le domaine d'application de la prohibition édictée par l'article 896. Le régime de celles permises semble délaissé par les auteurs qui se contentent le plus souvent de rappeler brièvement les quelques solutions données par la Jurisprudence.

Ce demi discrédit n'est pas justifié. Si le rôle social actuel des substitutions est très différent de ce qu'il était sous l'ancien droit, il n'est cependant pas négligeable. Pour le comprendre, il est nécessaire de retracer brièvement l'histoire de cette institution.

Sous l'ancien régime les substitutions constituaient une pièce essentielle de l'organisation sociale. Elles étaient pour les familles nobles « un moyen de conserver l'intégrité de leur fortune dans la suite des générations et d'en assurer la transmission au fils aîné titulaire du titre de la famille et représentant du nom » (1). Le droit d'aînesse et les substitutions sont, en effet, les éléments indispensa-

(1) Colin et Capitant, T.III, N° 1250.

bles au maintien d'une société aristocratique. Le droit d'aînesse, en assurant à un seul des enfants la transmission de la plus grande partie du patrimoine, évite le morcellement des biens et donc la diminution de la puissance de la famille. Mais seul il est impuissant à protéger les générations futures contre la prodigalité du propriétaire. La substitution constitue donc son complément indispensable,

Jusqu'au seizième siècle, sauf en quelques pays de coutumes, aucune disposition ne limitait la liberté des testateurs à l'égard des substitutions. Dans ces conditions il était normal qu'elles fussent poussées à l'extrême, c'est-à-dire établies à perpétuité. En effet, comme le remarque fort justement Bourjon (2), la substitution flatte l'homme de la perpétuité de sa mémoire, elle lui donne une espèce d'emprise sur plusieurs générations successives. Une grande partie du sol français était frappée d'inaliénabilité : chose plus grave, aucune publicité ne révélait cet état aux tiers. Les créanciers, trompés par l'apparence de fortune de leur débiteur, étaient disposés à lui accorder une large confiance. Quand celui-ci refusait d'exécuter ses obligations les créanciers voulaient exercer leur droit de gage, on leur opposait la substitution.

Pour remédier à cet état de choses intolérable, Henri II par un édit du 3 Mai 1553 prescrivit la publicité, l'insinuation et l'enregistrement des testaments contenant une substitution dans les trois mois de l'ouverture de la succession. Puis, en 1560, l'ordonnance d'Orléans du chancelier Michel de l'Hospital interdit les substitutions au delà de deux de-

(2) Bourjon. Droit Commun de la France, éd. 1747, Livre 5, Titre 5.

grés non comprise l'institution primitive. Ces textes se heurtèrent à une vive résistance de la part de la noblesse et des Parlements, ils ne s'appliquaient cependant pas aux institutions antérieures à leur promulgation. Pour celles-ci, l'ordonnance de Moulins de 1566 dans son article 57 décida qu'elles seraient limitées à quatre degrés et qu'en outre elles seraient insinuées.

Il ne semble pas que ces dispositions aient été rigoureusement observées ; divers expédients furent imaginés pour les tourner. D'ailleurs les substitutions ne restèrent pas limitées à la noblesse, la bourgeoisie, à mesure que l'importance de son rôle dans l'Etat allait augmentant, se mit à les utiliser. Les substitutions n'étaient donc pas dans l'ancien régime le privilège d'une classe. Sans doute Montesquieu, dans son « Esprit des Loix », soutenait-il qu'elles devaient être restreintes à quelques familles, jamais la législation positive ne consacra semblable disposition.

L'ordonnance de Louis XV d'août 1747 ne modifia pas les règles établies par celle de 1566 quant à la durée des substitutions, mais elles les organisa de telle sorte qu'un bon nombre de ses dispositions passèrent dans le code civil. Elle unifia aussi en cette matière le droit sur l'ensemble du territoire.

La Révolution ne voulut voir dans les substitutions qu'une institution aristocratique. Trop intimement liées au régime social ancien, elles ne pouvaient qu'être supprimées ; c'est ce que fit la loi des 25 Octobre-14 Novembre 1792 après des débats où la phraséologie révolutionnaire put se donner libre cours (3). Interdites pour l'avenir, celles qui exis-

(3) « Sous un régime vraiment républicain, dit le rapport, et dans un pays qui abhorre toute espèce d'aristocratie

taient avant la promulgation de la loi et n'étaient pas encore ouvertes, furent abolies.

La prohibition des substitutions fut maintenue dans l'article 896 du code civil ; cependant une exception à cette règle fut faite en faveur de la famille la plus proche. On put grever de substitution ses enfants, son frère ou sa sœur au profit de ses petits-enfants ou ses neveux et nièces. Bien que reprenant dans le chapitre intitulé « Des dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur ou des enfants de ses frères et sœurs » une notable partie des dispositions de l'ordonnance de 1747, craignant de réveiller le souvenir d'un passé qu'ils considéraient comme définitivement aboli, les rédacteurs du code civil se gardèrent d'employer le mot « substitution ».

Durant la première moitié du xix^e siècle, on assista à un renouveau du régime des substitutions. Napoléon, voulant « entourer son trône de la splendeur qui convenait à sa dignité » créa par un décret du 30 Mars 1806 ce qu'on appela les « majorats de porpre mouvement ». En même temps qu'il conférait un titre de noblesse, l'empereur attribuait au titulaire une donation en rentes sur l'Etat ou en biens fonciers à charge de les rendre aux descendants mâles dans l'ordre de primogéniture, héritiers du titre. Quelque temps après, le 14 août 1806, furent créés les majorats sur demande. Il s'agissait

et de despotisme, dans une organisation sociale en un mot fondée sur l'égalité, l'usage de pareilles dispositions serait encore une monstruosité politique par là même qu'il perpétuerait avec l'inégalité des partages dans la famille, l'aristocratie des privilégiés et accumulerait pendant plusieurs générations sur la tête des privilégiés des fortunes capables d'alarmer la liberté publique. » (Archives parlementaires. Loi du 14 Novembre 1792, T. 52, p. 573.)

toujours de biens accessoires d'un titre de noblesse impériale, soumis au même régime que les majorats de propre mouvement, mais non plus donnés par l'empereur mais constitués par les titulaires des titres eux-mêmes sur leurs propres biens.

La Restauration maintint l'institution et fit de la constitution d'un majorat la condition nécessaire de l'accession à la pairie héréditaire. L'institution des majorats ne concernait qu'un nombre fort restreint de familles, pour les autres le régime des substitutions établi par le code civil subsistait entièrement. Charles X, imbu des idées de l'ancien régime, voulut les permettre plus largement. La loi du 17 Mai 1826 reprit le système de l'ordonnance de 1747 en ce qu'elle permettait les substitutions à deux degrés, mais elle les limita au profit de la descendance directe du donataire grevé et dans la mesure de la quotité disponible.

Le règne de Charles X marque l'apogée du renouveau des substitutions. Sous la monarchie de Juillet, la loi du 12 Mai 1835, interdisant toute création nouvelle de majorat, réduisit ceux créés sur demande à deux degrés non compris l'institution primitive, mais elle laissa intacts ceux de propre mouvement et ne modifia pas le régime des substitutions établi par la loi de 1826.

La Seconde République devait l'abroger. La loi du 11 Mai 1849 rétablit le régime du code civil en respectant toutefois les droits des appelés déjà conçus.

La Troisième République devait dans la loi de finances du 22 Avril 1905 racheter les quelques majorats de propre mouvement qui existaient encore.

Après quelques tentatives faites pour en étendre la portée, les substitutions sont aujourd'hui re-

venues à ce qu'elles étaient au lendemain de la promulgation du code civil. Par suite des limites étroites dans lesquelles elles sont permises, leur fonction sociale a totalement changé. Elles ont perdu leur caractère aristocratique pour devenir une institution protectrice de la famille.

Cette protection est nécessaire. Sans doute on peut soutenir avec les adeptes de l'Ecole Libérale que les biens sont faits pour circuler et qu'ils ne doivent pas rester en la possession de ceux qui se montrent incapables de les faire fructifier ; en ne mettant aucune entrave à leur aliénation, ils parviendront tôt ou tard entre les mains de ceux qui en tireront le meilleur parti. On ne méconnaîtra pas l'exactitude de ces principes, mais dans certains cas, ils doivent supporter quelques exceptions.

Quoi de plus décevant en effet que de constater qu'une fortune, peu à peu acquise dans une famille par l'effort de plusieurs générations, puisse être gaspillée en quelques années par un prodigue recherchant des satisfactions purement égoïstes. L'Etat lui-même a tout à perdre à cette dilapidation, car comme le remarquent fort justement MM. Planiol et Ripert « il a un intérêt direct et considérable à la bonne organisation des familles et par suite à leur durée et à leur stabilité » (4). Rien n'est plus préjudiciable à ses intérêts que des variations trop brusques dans les patrimoines.

Schmoeller, dans son traité d'économie politique (5), exprime nettement l'idée que la législation positive doit, dans une certaine mesure, assurer la transmission et la conservation des biens dans la

(4) Planiol et Ripert, T. 3, N° 845.

(5) Schmoeller. Traité d'Economie Politique, traduit de l'allemand par Platon.

famille. Les grandes propriétés permettent de former plus facilement des hommes d'Etat, de hauts fonctionnaires ; la propriété moyenne des agents locaux, des commerçants, des banquiers, des cultivateurs. Elle les prépare au rôle qu'ils auront à remplir. Sans doute une telle solution consolide l'inégalité sociale, mais celle-ci est inévitable et conforme à l'intérêt général. La conservation des biens est souhaitable car elle permet l'éducation des hautes classes sociales, soit au point de vue intellectuel, soit au point de vue moral : elle permet de former dans le pays une classe de dirigeants.

Sans doute il ne s'agit point de faire preuve d'un conservatisme étroit ; il n'est plus question dans le régime actuel de la substitution, de maintenir une fortune intacte dans la suite des générations (ce qui d'ailleurs ne serait souvent qu'une illusion) mais, en sauvegardant la quotité disponible, de protéger le minimum indispensable aux descendants immédiats. La mesure prise n'est plus d'ordre général comme dans l'ancien droit ; elle ne vaut plus pour une durée qui, en fait, par suite du renouvellement de la substitution, était perpétuelle, elle prémunit seulement contre l'« accident » que constitue la prodigalité ou l'incapacité d'un membre de la famille. Si l'incapacité au lieu d'être accidentelle se transmet à d'autres générations, alors il est évident que la famille n'est plus capable de remplir le rôle qui lui était dévolu. La protection dont on persisterait à l'entourer deviendrait nuisible à tous. La substitution graduelle doit être condamnée, mais celle à un seul degré reste indispensable.

La tendance individualiste ne doit pas être poussée à l'excès : la substitution signifie seulement que l'intérêt de l'individu doit souvent s'incliner devant

celui de la famille à qui il doit ce qu'il est et envers laquelle il a des devoirs.

On ne partira pas ici d'une théorie générale pour en tirer des conséquences. Ce travail débutera par une étude du droit positif et notamment des espèces qui sont fournies par une jurisprudence assez abondante.

Mais cette jurisprudence est souvent insuffisante et parfois même inexacte. La Doctrine nous permettra d'en combler les lacunes et d'en montrer les défauts. Une grande liberté est d'ailleurs laissée au disposant pour fixer le régime des biens, il devra l'utiliser dans le but d'assurer au mieux la protection de la famille.

On n'étudiera pas ici l'ensemble des problèmes que peut poser l'institution de la substitution permise (6), mais quelques-uns de ceux, les plus importants, concernant le régime des biens.

Dans un premier titre, on déterminera la masse des biens grevés de substitution. Si celle-ci est faite au profit des neveux, la masse pourra comprendre l'ensemble de l'hérédité. Au profit des petits-enfants, la substitution ne pourra porter que sur la quotité disponible. Dans ce dernier cas, le disposant pourra soit désigner lui-même les biens, soit léguer sans autre précision la quotité disponible. En outre pour répondre aux nécessités pratiques, il devra être fait un large usage de la subrogation réelle.

Dans un second titre, on précisera la condition des biens avant l'ouverture de la substitution. On verra dans quelle mesure la charge de conserver et

(6) On délaissera notamment la réglementation minutieusement établie par le Code Civil pour l'inventaire des biens, la nomination du tuteur et l'accomplissement des mesures de publicité.

de rendre limite les droits du grevé et confère à l'appelé le droit de veiller à son exécution.

Dans un troisième titre, on examinera la condition des biens après l'ouverture de la substitution, notamment entre les mains des appelés en cas d'ouverture anticipée. On étudiera aussi quelques-unes des difficultés qui peuvent se présenter entre grevé et appelés lors de l'ouverture.

Enfin, dans un dernier titre, on essaiera une explication théorique des solutions proposées au cours de cette étude. On recherchera alors si le but auquel les biens substitués sont affectés ne peut pas la fournir.

TITRE PREMIER

DÉTERMINATION DES BIENS GREVÉS DE SUBSTITUTION PERMISE

CHAPITRE PREMIER

BIENS DONNÉS OU LÉGUÉS A CHARGE DE CONSERVER ET DE RENDRE

On est d'accord pour admettre que la substitution peut comprendre toute espèce de biens : meubles comme immeubles, biens corporels comme incorporels (1). Elle peut revêtir la forme d'une disposition universelle, à titre universel ou à titre particulier. Le disposant aura la faculté soit de désigner directement certains biens qui seront grevés de la charge de conserver et de rendre, soit de substituer tout ou partie de la quotité disponible.

SECTION I. — *Désignation directe par le disposant de certains biens individuellement déterminés*

« Par ses origines, la substitution est une institution qui vise à la conservation en nature de cer-

(1) Baudry Lacantinerie et Colin. *Traité théorique et pratique de droit civil. Donations entre vifs et testaments*, tome 2, N° 3234. Demolombe, T. 22, N° 438.

tains biens pris dans leur individualité et leur matérialité » (2). Souvent, en effet, le disposant voudra assurer la conservation dans sa famille d'un bien auquel il est particulièrement attaché. Cela est aisé à comprendre lorsqu'il s'agit d'un immeuble, surtout s'il appartient à la famille depuis longtemps. L'attachement du disposant s'explique plus difficilement pour les valeurs mobilières, néanmoins il peut avoir pris en considération la sécurité particulière qu'il croyait pouvoir trouver dans certains titres.

Lorsqu'ainsi le disposant a désigné lui-même les biens, aucune difficulté ne se présentera à son décès, si toutefois il est demeuré dans les limites permises par l'article 1048 du code civil.

Mais qu'arriverait-il si la valeur des biens grevés excédait la quotité disponible ?

Un arrêt de la cour de Paris du 4 Mai 1899 a décidé qu'en ce cas la disposition n'était pas nulle pour le tout, mais seulement réductible (3).

Le donataire ou le légataire, héritier à réserve, aura seulement le droit d'intenter l'action en réduction, c'est-à-dire de demander que sa réserve soit distraite et libérée de la charge.

La règle posée par l'article 1048 limitant la substitution aux « biens dont les père et mère ont la faculté de disposer » est une disposition d'ordre public, du moins dans la mesure où elle assure la protection de la réserve. Il en résulte les conséquences suivantes.

(2) Bouzat, thèse, Rennes 1931, p. 122.

(3) Paris, 4 Mai 1899, D. 1900.2.403. Rep. Not. 1899, Art. 10892, p.445. J.Not. 1900. Art. 26981. Dans le même sens, Demolombe, T.22, N° 434. Aubry et Rau, T. 11, § 696, notes 16 et 18. Troplong, Donations et testaments, T. 4, N° 2226.

Le disposant ne peut, en donnant ou en léguant à son héritier réservataire certains biens à charge de les conserver et de les rendre à ses enfants, lui imposer comme condition de sa libéralité l'obligation de comprendre en outre tout ou partie de sa réserve dans la substitution. La cour de Paris, dans le même arrêt du 4 Mai 1899, déclare qu'en cette matière une clause pénale est sans valeur : celle-ci aurait manifestement pour but de mettre en échec le droit de l'héritier réservataire en exerçant sur lui une contrainte pour le détourner d'intenter l'action en réduction (4).

(4) En ce sens, Demolombe, T.22 ,N° 435, Aubry et Rau. T. 11, § 696 note, 19. On peut cependant citer en sens contraire un arrêt fort ancien de la Chambre des Requêtes du 7 Février 1831, rapporté au Rép. Dalloz, v. Dispositions entre vifs, n° 180, 3°. Cet arrêt décide qu'un père peut, après avoir légué la quotité disponible à son fils unique à charge par ce dernier de la rendre à ses enfants, disposer que si le légataire venait à aliéner ou à hypothéquer les biens composant sa réserve, il serait privé des biens substitués. La Cour, en validant cette prohibition, s'attacha surtout à ce que le légataire pouvait échapper à la condition en renonçant au legs de la portion disponible et qu'il était soumis seulement à une alternative : accepter le legs et la condition qui y était mise, ou rejeter l'un et l'autre. Il ne s'agissait donc pas en l'espèce d'une substitution portant sur la réserve, mais d'une clause d'inaliénabilité, l'arrêt n'en est pas moins intéressant : au point de vue de la réserve clauses d'inaliénabilité et substitutions sont soumises aux mêmes règles. Cet arrêt avait paru aux contemporains comme une décision d'espèce. Martin (Conditions impossibles et illicites, p. 176) le juge de même.

Dans le même sens, et toujours en matière de clauses d'inaliénabilité, on trouve un jugement du tribunal d'Yvetot du 5 Juillet 1923 (G.P. 1923.2.439), (Rev.Trim. 1923, p.1006) d'ailleurs infirmé par Rouen, 22 Octobre 1924 (D. 26.2.54) qui avait admis la validité d'une clause pénale par laquelle la testatrice déclarait priver son fils de la quotité disponible s'il venait à aliéner sa réserve. On tirait argument de l'article 917 relatif aux libéralités consistant en un usufruit ou une rente viagère, dont la valeur excède la quotité disponible et qui donne à l'héritier réservataire une option entre l'exécution

Le grevé ne pourrait pas davantage, en recevant de son père ou de sa mère une donation, s'engager à rendre à ses enfants la totalité des biens donnés, même si leur valeur excédait le montant de la quotité disponible. Tout acquiescement ou ratification ultérieur, intervenant avant le décès du donateur, serait frappé de la même nullité. Le même arrêt du 4 Mars 1899 porte que « l'héritier réservataire, dans l'intérêt privé duquel la prohibition des substitutions n'a pas été établie, ne peut par acquiescement ou ratification expressément ou implicitement renoncer à son droit de demander la réduction ». En outre une pareille renonciation constituerait un pacte sur succession future puisqu'elle porterait sur un droit à une succession non ouverte (art. 1130) (5).

Malgré les termes de l'arrêt du 4 Mai 1899, on peut discuter, si, après le décès du disposant, le grevé a le droit d'acquiescer à une substitution dépassant la quotité disponible. Si on s'attache aux termes mêmes de l'article 1048 et si on veut leur donner un caractère absolu d'ordre public, on décidera qu'un pareil acquiescement est impossible (6). Mais on peut aussi fort bien, et c'est là notre opinion, ne voir dans cet article qu'une disposition ayant pour but de prévenir toute atteinte à la réserve du grevé et alors, pourquoi empêcher ce dernier, après la mort du disposant, d'acquiescer au

de la disposition et l'abandon de la quotité disponible. C'est aussi cette option qu'on entendait appliquer en l'espèce. Mais il était aisé de répondre que l'article 917 est un texte exceptionnel qu'on ne peut étendre à des cas autres que ceux qu'il a prévus.

(5) Demolombe, T. 22, N° 437, Aubry et Rau, T. 11, § 696, Laurent, T. 14, N° 535, Baudry Lacantinerie et Colin, T. 2, N° 3231, Colin et Capitant, T. 3, N° 1266.

(6) Demolombe, T. 22, N° 435.

testament ou à la donation, puisqu'à ce moment rien ne lui interdit de renoncer à intenter l'action en réduction (7), du moins s'il n'existe dans la libéralité aucune clause pénale destinée à peser sur sa volonté. Sans doute on pourra dire que toutes les dispositions concernant les substitutions doivent être interprétées d'une façon restrictive et qu'ainsi au contraire on en étend la portée à des biens autres que ceux expressément désignés par la loi. On peut répondre : le législateur n'a pas craint que la substitution portât sur une trop grande masse de biens puisque dans le cas prévu par l'article 1049 toute l'hérédité peut être substituée, il a voulu seulement maintenir intacte la réserve. Dès lors pourquoi permettre à un héritier réservataire de s'engager envers un tiers quelconque donataire ou légataire à respecter une libéralité qui porte atteinte à sa réserve et refuser au grevé d'acquiescer valablement à une substitution, dépassant la quotité disponible, qui conserve cependant entre ses mains la propriété des biens, ne lui imposant que la charge de la conserver et de la rendre à ses enfants.

Néanmoins, il convient de respecter les droits des créanciers du grevé. Ceux-ci pouvaient légitimement espérer que les biens formant la réserve étaient destinés à devenir leur gage. Devant l'inaction du grevé, ils exerceront l'action en réduction qui ne saurait être considérée comme exclusivement attachée à la personne de leur débiteur : simple application de l'action oblique. Les créanciers pourront aussi intenter l'action paulienne si, par un acquiescement fait en fraude de leurs droits, le grevé

(7) Paris, 11 Février 1813, *Rep. Dalloz*, v. Substitution, N° 330. Baudry Lacantinerie et Colin, T. 2, N° 3233.

avait tenté de leur causer un préjudice en essayant de soustraire à leur action les biens composant sa réserve.

SECTION II. — *Donation ou legs de la quotité disponible à charge de conserver et de rendre*

Quand le disposant grève de substitution un bien déterminé, il manifeste surtout par là son attachement à ce bien ; c'est, peut-on dire, la conception de la substitution *in rem*, celle de l'ancien droit et des pays à tendance aristocratique qui vise à assurer le plus longtemps possible la conservation d'un bien dans une famille. Elle peut encore se manifester dans l'état actuel de notre droit, mais elle est devenue assez rare depuis que le régime du code civil ne permet les substitutions qu'à un seul degré. Le disposant ne cherche pas le plus souvent à maintenir tel bien, il désire seulement protéger ses petits-enfants ou ses neveux contre l'esprit de prodigalité de leur auteur. Il grèvera alors la quotité disponible : c'est la conception de la substitution appelée parfois *in personam*. Nous verrons plus loin les importantes conséquences que la Jurisprudence, se fondant sur l'intention présumée du disposant, a tirées de cette distinction en matière d'aliénation et de remploi.

Une substitution portant sur tout ou partie de la quotité disponible pourra toujours être faite par testament, mais puisqu'elle a pour but d'attribuer au grevé tout ou partie des biens que le disposant laissera à son décès, elle ne peut avoir lieu par donation entre vifs que dans les cas où l'institution contractuelle est permise, c'est-à-dire seulement par contrat de mariage.

Au décès du disposant, pour permettre au grevé de disposer librement des biens composant sa réserve, il faudra déterminer ceux qui seront frappés de la charge de restitution. Le partage (ou le cantonnement en nature) auquel on devra procéder présente en notre matière quelques difficultés spéciales qui ont fait l'objet d'assez nombreuses décisions de jurisprudence. Nous étudierons successivement : les formes du partage, le rapport des biens donnés à charge de substitution, le calcul de la quotité disponible, enfin le caractère de l'adjudication sur licitation prononcée au profit du grevé.

A. — Les formes du partage

Lorsque le grevé vient à la succession en concours avec des frères et sœurs, on procédera à un partage ; par contre, lorsqu'il est héritier unique, le terme de partage semble impropre et la Jurisprudence emploie plus volontiers celui de « cantonnement en nature ». Demante parle de « départ ». Ces termes expriment mieux la division de l'hérédité en deux masses, possédées par le même individu, mais sur lesquelles il a des droits différents.

Un point semble définitivement acquis : le grevé a seul qualité pour provoquer le partage ou demander la licitation (8). Nous verrons même plus loin, quand nous étudierons le droit de l'appelé avant l'ouverture de la substitution, que la Jurisprudence refuse à ce dernier le droit d'y intervenir. On peut estimer que cette jurisprudence est criti-

(8) Paris, 23 Décembre 1873, D. 76.2.124. Tonnerre, 13 Juin 1895, D. 95.2.351. Req. 20 Nov. 1911, D. 1914.1.104. S. 13.1.502. Aubry et Rau, T. 11, § 696, Texte et note, 83 bis. Planiol, T. 3, N° 3324.

quable, car l'intervention de l'appelé se fonde seulement sur sa qualité de bénéficiaire de la charge et non sur un droit direct qu'il posséderait sur les biens. Par contre, il est bien établi que le partage ne peut avoir lieu qu'avec le concours du tuteur (9) qui représente les appelés ; c'est même contre lui que le grevé formera sa demande.

Si le droit accordé au seul grevé d'intenter l'action et la nécessité de l'intervention du tuteur ne sont guère controversés, il n'en va pas de même de la forme du partage. On peut regretter ici le silence du code. La jurisprudence, vivement critiquée par la pratique notariale, semble considérer la nécessité du partage judiciaire comme étant d'ordre public. Tel est du moins le sens de l'arrêt rendu par la Chambre des Requêtes le 22 Janvier 1906 (10). En l'espèce, le grevé, désireux de pouvoir disposer librement de la partie des biens non grevés de substitution, avait intenté une action contre le tuteur en demandant la nomination d'experts à l'effet de déterminer la valeur des immeubles et de préparer la formation des lots pour un partage en nature. Il estimait en effet que cette procédure serait moins onéreuse que la licitation et qu'elle sauvegarderait aussi bien les droits des appelés. La demande fut rejetée successivement par le Tribunal de Meaux et la cour de Paris qui l'un et l'autre ordonnèrent la licitation. Dans l'un de ses attendus la cour de Paris déclara expressément « un partage amiable n'est pas licite en cas de substitution ». Le pourvoi formé

(9) Turin, 29 Décembre 1810, Rép. Dalloz, Substitution. N° 400. Bruxelles, 23 Février 1888, Pasirisie Belge. 88.2.253. Demolombe, T. 22, N° 560 bis. Huc, T. 6, N° 418, 4°.

(10) Req. 22 Janvier 1906, D. 07.1.428, S. 12.1.564, Rép. Not. 1906. Art. 14660.

contre cet arrêt fut rejeté par la Chambre des Requêtes. Celle-ci, sans se prononcer aussi nettement que la cour de Paris, déclare cependant que « l'opération... pouvait compromettre les droits des appelés tant parce qu'elle déterminait par de simples évaluations le montant de la quotité disponible que parce qu'elle avait pour effet de transporter ces droits sur certains biens successoraux en dégageant les autres ; qu'en jugeant dans ces circonstances que la demande du sieur X (le grevé) ne pouvait recevoir satisfaction que par l'observation des formalités prescrites par la loi sur les partages dans lesquels les mineurs sont intéressés et notamment par la licitation des immeubles composant la succession, l'arrêt attaqué s'est conformé aux volontés du législateur ».

Sans sous-estimer la portée de cet arrêt, il convient cependant de remarquer qu'il été rendu dans une espèce où le disposant n'avait pas expressément prévu la possibilité d'un partage amiable. Sans doute la cour de Paris s'est prononcée d'une manière si formelle qu'il ne fait aucun doute que son opinion n'eut pas été différente en présence d'une clause spéciale de la libéralité, mais il n'en va pas tout à fait de même pour la cour de Cassation.

Les autres décisions qu'on peut relever en cette matière n'émanent que de tribunaux de première instance, mais dans toutes les espèces qui leur ont été soumises, une clause de la libéralité ordonnait de procéder par la voie du partage amiable.

Dès avant l'arrêt de 1906, un jugement du tribunal de la Seine du 17 Novembre 1886 décide « que la loi crée dans la personne des grevés des incapables d'un ordre spécial » et affirme en conséquence

la nécessité du partage judiciaire (11), alors qu'un jugement du tribunal de Brest du 2 Juin 1904 (12) proclame que la clause de partage amiable « n'étant contraire ni à la loi ni à l'ordre public, elle devait recevoir sa pleine et entière exécution ».

On aurait pu croire qu'après l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 Janvier 1906, les juridictions inférieures se seraient inclinées. Or il n'en a rien été puisqu'un an après cet arrêt, le 21 Janvier 1907, le tribunal de Lille (13) se prononçait dans le même sens que celui de Brest, dans un jugement d'ailleurs fort bien motivé : « Attendu qu'il est rationnel que le disposant qui était libre de ne rien donner puisse valablement donner sous la condition particulière que le tuteur et le grevé ne seront pas tenus d'observer les formes judiciaires pour le partage de sa succession, que d'ailleurs la présence du tuteur est une sauvegarde suffisante pour les droits des appelés ». Cependant que le tribunal de Boulogne-sur-Mer dans un jugement du 24 Octobre 1919 reprenait la nécessité des formalités judiciaires (14).

La doctrine semble également se prononcer dans ce dernier sens (15). On peut la résumer ainsi : le partage doit toujours avoir lieu en justice alors même que tous les appelés seraient majeurs et capables parce qu'il intéresse aussi les appelés à naître.

(11) Seine, 17 Novembre 1886, Rép. Not. 1886, art. 3380. J. Not., art. 23777, G.P. 86.2.791. Rev. du Not., art. 7665.

(12) Brest, 2 Juin 1904, J. Not. 1905. Art. 28564, p. 611, Rép. Not. 1907, art. 15291.

(13) Lille, 21 Janvier 1907, G.P. 07.1.360, Rép. Not. 1907, art. 15298.

(14) Boulogne-sur-Mer, 24 Octobre 1919, G.P. 1919.2.355. Rép. Not. 1920. Art. 19528.

(15) Demolombe, T. 22, N° 560 bis. Aubry et Rau, T. 11, § 696, Texte et note 68.

La pratique notariale ne pense guère à contester la nécessité du partage judiciaire lorsque le disposant n'a rien stipulé, mais elle se refuse à admettre que cette nécessité soit d'ordre public et que le disposant ne puisse y déroger, dans le cas au moins où le grevé est majeur et capable (16). Elle donne les arguments suivants : le disposant pouvait ne rien donner aux appelés, il peut valablement donner sous la condition que le grevé et le tuteur ne seront pas tenus d'observer les formalités judiciaires pour la vente des immeubles et le partage de la succession. Cette clause n'est contraire ni à l'ordre public, ni à la loi qui n'exige pas d'une manière formelle un partage judiciaire. Les droits des appelés sont suffisamment sauvegardés par la présence du tuteur dont personne ne conteste la nécessité et par les mesures d'emploi que le disposant pourra prescrire (17). Dès lors pourquoi vouloir imposer une procédure qui entraînera des frais extrêmement élevés et qui même en cas de licitation obligera — ainsi que nous le verrons plus loin — le grevé qui se porterait adjudicataire à acquitter le droit de transcription ?

Sans doute on invoque la protection d'incapables, mais sans même insister sur la valeur douteuse de cet argument, on peut dire que, dans un cas assez analogue, la jurisprudence admet que le testateur, pourvu qu'il ne laisse pas d'héritier réservataire, puisse conférer à son exécuteur testamentaire la saisine de tous ses biens et en conséquence lui donner le pouvoir de tout vendre à l'amiable,

(16) Voy. notamment Rép. Not. 1884, Art. 1942. Encyclopédie du notariat. V. Substitution, N° 440.

(17) On voit que le tribunal dans son jugement du 21 Janvier 1907 s'était borné à reprendre les arguments de la pratique notariale.

même les immeubles, et d'en toucher le prix quand bien même parmi les héritiers ou légataires se trouveraient des mineurs, des interdits ou des majeurs ayant accepté bénéficiairement (18). L'argument donné par la jurisprudence que, s'il n'y a pas d'héritiers réservataires, le testateur pouvant dépouiller complètement ses héritiers légaux, ceux-ci n'ont pas à se plaindre, ne vaut-il pas aussi bien pour les appelés ? Et le grevé, dont tous reconnaissent aujourd'hui la qualité de propriétaire des biens substitués, ne peut-il posséder des pouvoirs au moins aussi étendus que ceux d'un simple exécuteur testamentaire, même pourvu de la saisine ?

Objectera-t-on que les dispositions de la loi concernant les substitutions sont d'ordre public ? (19) Mais n'est-ce pas aussi une règle d'ordre public que les immeubles appartenant à des mineurs ou à d'autres incapables ne peuvent être vendus ou partagés sans l'intervention de la justice ? La jurisprudence ne semble guère s'en soucier en matière d'exécution testamentaire. Demolombe nous en donne l'explication : « Mais il s'agit ici de biens qui n'appartiennent pas encore au mineur et qui ne lui adviennent que sous cette condition concomitante et contemporaine de son acquisition que le disposant lui-même y a attachée, savoir : qu'ils seront vendus ou partagés sans formalités » (20).

Devant l'évolution de la jurisprudence, s'inspirant de l'argumentation de Demolombe, certains praticiens ont proposé de grever non pas les biens

(18) Voy. notamment Cass. 17 Avril 1855. Rev. Not. N° 80. Douai, 27 Janvier 1864, S. 64.2.225. Metz, 13 Mai 1869, Rev. Not. 2502. Seine 25 Mars 1885. Rev. Not. 7108 Lyon, 20 Mai 1896. D. 96.2.273, S. 99.2.209.

(19) Voy. notamment Seine 17 Nov. 1886 précité

(20) Demolombe, T. 22, N° 92.

laissés directement par le disposant, mais la quotité disponible attribuée au grevé à la suite d'un partage ou d'une licitation amiable. Ce procédé permettrait ainsi par une voie détournée d'éviter le partage judiciaire. Il nous paraît parfaitement licite, malheureusement il n'existe pas encore à notre connaissance de décisions ayant statué sur sa validité. Le disposant qui l'emploierait ne peut donc pas être absolument assuré qu'il permettrait d'éviter un partage judiciaire. Le procédé le plus sûr serait certainement de désigner directement les biens en prenant bien soin que leur valeur n'excède pas la quotité disponible.

La tendance actuelle de la jurisprudence en cette matière nous apparaît donc comme tout à fait critiquable. Pour que la substitution puisse être utilisée, son fonctionnement ne doit pas exiger des formalités trop compliquées ou trop coûteuses. Le partage judiciaire ne devrait pas être imposé au grevé, s'il est capable, au moins dans le cas où le disposant a pris soin de stipuler qu'un partage amiable serait suffisant.

Le partage judiciaire constitue une formalité inutile : la présence du tuteur et les mesures d'emploi assurent une protection efficace des appelés. Rien dans la loi ne permet d'affirmer que le partage amiable ne soit pas licite. Surtout, le disposant, libre de ne rien donner aux appelés, pouvait soumettre sa libéralité à telle condition que bon lui semblait.

B. — Le rapport des biens grevés de substitution

L'article 843 primitif soumettait au rapport tous les dons et legs, sauf volonté contraire du dis-

posant. La loi du 24 mars 1898, modifiant cet article, a décidé que les legs faits à un héritier seraient réputés l'être par préciput. Cette présomption s'applique-t-elle en cas de legs avec charge de substitution ?

M. Albert Wahl dans un article de la Revue trimestrielle de droit civil paraît en douter (21). Il remarque que « le motif dont s'est inspiré l'article 843, alinéa 2, c'est que le legs n'a guère de signification si le testateur a entendu que, sans pouvoir en jouir, le légataire rapportat, or quand le legs est fait avec substitution, il a sa raison d'être, fait à un héritier, il limite ses droits au profit des enfants de celui-ci, il a donc sa signification, même s'il est fait sans dispense de rapport ». Puis il ajoute qu'on comprend difficilement en matière de substitution que la donation et le legs faits l'un et l'autre surtout dans l'intérêt des gratifiés en second ordre soient soumis quant au rapport à des règles différentes. Et il conclut « Comme on n'a pas voulu gratifier celui-ci (le premier institué) il est contraire à la volonté probable du disposant que la libéralité soit considérée comme dispensée du rapport quand elle est faite sous forme de legs ».

Sans doute on ne peut nier que le legs fait avec charge de substitution possède en lui seul sa raison d'être, mais on pourrait raisonner de la même façon pour tous les legs avec charge quelle qu'elle soit ; or, l'article 843 ne distingue pas, il déclare d'une manière générale que « les legs faits à un héritier sont réputés faits « par préciput à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire. » Quant à dire qu'on n'a pas voulu gratifier le premier ins-

(21) Rev. trim. 1918, Jurisprudence en matière de droit civil, p. 148.

titué, cela paraît tout à fait excessif ; sans doute on lui a imposé une charge, mais il n'en demeure pas moins qu'il possède sa vie durant un droit plus étendu — nous le verrons — que celui de l'usufruitier et cela constitue une libéralité fort appréciable.

Bien plus, dès avant la loi du 24 mars 1898, la Jurisprudence (22) (et cette Jurisprudence conserve toute sa valeur en matière de donation), ainsi que la majorité des auteurs (23) admettaient que les libéralités, faites à charge de substitution, devaient être considérées comme dispensées de rapport.

L'opinion générale est donc exactement à l'opposé de celle de M. Wahl. Alors que celui-ci prétend qu'en présence d'une substitution la présomption de l'article 843 alinéa 2 disparaît, on admet communément qu'une telle disposition implique à elle seule dispense de rapport.

En effet, le grevé tenu de conserver et de rendre ne pourrait pas exécuter la charge qui lui est imposée si, par l'effet du rapport, il était privé des biens substitués. La cour de Douai dans un arrêt du 27 janvier 1819 (24) dit fort bien « qu'ordonner le rapport de ces dons à la masse de succession du donateur et vouloir que le donataire les restitue en même temps à ses enfants implique contradiction. » D'ailleurs on ne peut grever de substitution

(22) Douai, 27 Janvier 1819, S. et P. Chronol. Req. 16 Juin 1830, S. et P. Chronol. Req. 23 Fév. 1831, S. 31.1.424.

(23) Demolombe, T. 16, N° 244. Aubry et Rau, T. 10, § 632, texte et note 11.

(24) Douai, 27 Janvier 1819, précité. Dans le même sens: Fouet de Confians, Successions, sur l'article 843, 9°, p. 393 : « Le donateur n'a pas voulu astreindre l'enfant au rapport des biens qu'il lui attribuait puisqu'il l'a chargé de les restituer à d'autres qui, dans l'ordre de la nature, ne devaient pas être ses héritiers et ne pouvaient être tenus à aucun rapport. »

que ce que l'on prend sur la quotité disponible et non sur la réserve et par suite la charge de restitution apparaît comme incompatible avec l'obligation du rapport.

Il semblerait donc qu'en toute hypothèse un legs, ou même une donation contenant une substitution, devrait être considéré comme fait à titre de préciput. Toutefois la présomption, qui résulte de la nature même de la libéralité, peut être écartée par la volonté contraire du disposant. Celui-ci peut toujours imposer au gratifié le rapport et à cet égard, il n'est pas même nécessaire que son intention soit manifestée d'une manière formelle. Sans doute elle pourra résulter des termes mêmes de la libéralité ou de l'ensemble de ses dispositions, mais aussi des circonstances qui l'ont accompagnée. Les juges du fait ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation ; s'il leur apparaît que telle est la volonté du disposant, ils pourront obliger le grevé au rapport. « Attendu, dit un arrêt de la chambre civile du 29 avril 1918 (25) que si, d'après l'article 843 du code civil, les legs faits à un héritier sont réputés par préciput et hors part, et si l'on peut admettre qu'une présomption de même nature s'attache aux libéralités faites sous condition de substitution con-

(25) Civ. 29 Avril 1918, D. 22.1.23, S. 20.1.37, G.P. 18-19.1.288, Rep.Not. 1918. Art. 19276. En l'espèce, la testatrice une dame H... avait légué à sa fille une somme de 100.000 francs à charge de substitution, mais sans indiquer si ladite somme était soumise au rapport. Ensuite, elle avait fait un legs mobilier au profit de son fils « par imputation sur ses droits dans sa succession », puis dans le paragraphe suivant elle déclarait : « Je donne et lègue à ma fille, toujours à prendre sur ses droits, tous mes bijoux et dentelles. » Les cohéritiers de la grevée se fondant sur les termes du testament, demandèrent le rapport du legs de 100.000 francs. La Cour de Paris le leur accorda par un arrêt du 18 Décembre 1912 et la Chambre Civile rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt le 29 Avril 1918.

formément à l'article 1048 du code civil en raison de l'obligation imposée au grevé de conserver et de rendre les choses qui en font l'objet, ces présomptions cessent d'avoir effet lorsque le disposant a manifesté sa volonté de soumettre la disposition au rapport ».

Cet arrêt doit être approuvé. Si conformément à l'article 843 les legs et même par suite de la nature propre de la substitution, les donations doivent être présumées faites avec dispense de rapport, cette présomption disparaît devant la volonté contraire du disposant que les juges du fond pourront rechercher dans toutes les circonstances de la cause.

C. — Le calcul de la quotité disponible

Les règles posées par l'article 922 du Code Civil ayant une portée générale doivent être observées pour la détermination de la quotité disponible lorsque celle-ci est grevée de substitution.

En particulier, il y a lieu de réunir fictivement aux biens existants au décès du testateur ceux dont il a disposé par donation entre vifs au profit du grevé lui-même. Celui-ci ne pourrait prétendre — et ses créanciers ne sauraient le faire davantage — que les biens ainsi donnés ne doivent pas être compris dans la masse formée pour le calcul de la quotité disponible (26). Il n'y a aucune difficulté à admettre

(26) Chateaubriant, 25 Mars 1909, Rép. Not., 1909. Art. 16278. En l'espèce, un créancier prétendait que l'art. 922 n'était pas applicable. Il entendait que la quotité disponible fût calculée seulement sur les biens existants, sans tenir compte de la dot constituée en avancement d'hoirie au grevé. Prétention qui fut rejetée par le Tribunal d'autant plus aisément que la demande qui semblait confondre le rapport et la réduction était mal présentée.

cette proposition lorsqu'on se trouve en présence d'une donation faite en avancement d'hoirie, en effet, une telle libéralité s'imputant sur la réserve laisse la quotité disponible intacte et la liberté du disposant à son égard demeure entière.

Mais il n'en va pas de même quand il s'agit d'une donation faite par préciput et hors part qui s'impute sur la quotité disponible. D'une manière générale, le donateur ne peut, postérieurement à la donation, grever les biens d'une charge de substitution, donc les reprendre partiellement. Les auteurs pensent même que l'acquiescement du donataire demeurerait ici sans effet (27). Et l'on ajoute que si le donateur s'était réservé dans l'acte de donation la faculté de substituer, une pareille réserve serait nulle par application de la règle « Donner et retenir ne vaut » et elle entraînerait la nullité de la libéralité (28).

Mais en notre matière, l'article 1052 apporte une exception remarquable aux principes que nous venons d'exposer. Il permet de transformer une donation pure et simple en une substitution au moyen d'une nouvelle libéralité faite par le donateur au donataire sous la condition que les biens précédemment donnés seront soumis à la charge de restitution. Cette nouvelle libéralité pouvant être faite aussi bien par une disposition testamentaire que par un acte entre vifs (l'article 1052 a soin de le préci-

(27) Duranton, T. 9, N° 554 ; Demante et Colmet de Santerre, T. 4, N° 211 *bis*, 2 ; Demolombe, T. 22, N° 444 ; Baudry Lacantinerie et Colin, T. 2, N° 3249.

(28) Demante et Colmet de Santerre, T. 4, N° 211 *bis* 1 ; Même d'après Demolombe, T. 22, N° 445 *bis*, s'il s'agissait d'une libéralité par contrat de mariage non soumise cependant à la règle « Donner et retenir ne vaut », ce qui nous paraît fort contestable.

ser) il suffira que le testament grevant la quotité disponible contienne un legs au profit du grevé pour que les biens précédemment donnés puissent être compris dans la masse frappée de substitution. Mais l'acceptation du grevé sera nécessaire. Si le grevé renonce au legs à lui fait, les biens donnés par préciput échapperont (ainsi bien entendu que ceux composant sa réserve) à la charge de restitution. Quant au surplus de la quotité disponible il sera, soit recueilli par les appelés déjà nés s'il en existe au moment de la renonciation du grevé, soit mis sous séquestre jusqu'à la naissance d'un appelé (29).

Il faudra aussi comprendre parmi les biens existants les créances que le disposant pouvait posséder contre le grevé. Celui-ci a parfois invoqué la confusion pour se soustraire à toute obligation d'emploi. Mais la Cour de Cassation a décidé, à juste titre, que, si on ne pouvait nier l'existence de la confusion, ni que celle-ci profitât au grevé, elle ne saurait cependant nuire aux appelés pour lesquels elle serait susceptible de diminuer l'émolument de la substitution. En conséquence, si le grevé n'est pas tenu de payer le montant de sa dette, il est obligé de faire emploi dans la mesure de ce qui doit revenir aux appelés (30).

De plus sérieuses difficultés peuvent surgir au cas où le grevé, débiteur du disposant, se trouve en état de faillite. Point n'est besoin d'insister longuement sur l'intérêt que présente la substitution dans une telle situation, elle permettra seule de sauvegarder dans la plus large mesure possible les droits des

(29) Demante et Colmet de Santerre, T. 4, N° 212 bis 4 ; Demolombe, T. 22, N° 660.

(30) Req. 13 Novembre 1893, D. 94.1.268.

petits enfants et des neveux du disposant (31). Celui-ci d'ailleurs entendra estimer à leur valeur nominale et non à celle de dividende les créances qu'il possède contre le grevé, et il voudra les faire entrer dans la réserve pour la totalité afin de pouvoir substituer la plus grande partie des biens qui demeurent entre ses mains. Ces prétentions sont-elles admissibles ? On essaiera de répondre à cette question en examinant un arrêt fort intéressant de la cour de Paris du 9 mars 1883 (32).

En l'espèce, le notaire liquidateur pour se conformer aux volontés de la testatrice, avait compris dans l'actif de la succession pour leur valeur nominale les sommes payées par la mère en l'acquit de son fils unique grevé de substitution et avait attribué les créances de la succession contre l'héritier à la réserve.

Le syndic critiqua cette liquidation.

Il prétendit d'abord qu'il ne fallait en aucune façon comprendre dans la masse héréditaire les créances que la disposante pouvait posséder contre son fils (33). A cet effet il invoqua, non pas la confusion comme on l'avait fait dans l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 novembre 1893, mais l'article 857 aux termes duquel le rapport n'est dû que par l'héritier à son cohéritier, qualité que ne possèdent pas les appelés.

(31) Sans doute le disposant pourrait aussi léguer la quotité disponible à ses petits-enfants ou, au lieu de faire une substitution au profit de ses neveux, les instituer directement et deshériter son frère, mais une telle disposition, ne pouvant être faite qu'au profit de personnes déjà conçues, aurait le très grave inconvénient de priver de tout droit les enfants du failli conçus après le décès du testateur.

(32) Paris, 9 Mars 1883, Rev. Not. 1883, N° 6785.

(33) En ce sens, Tr. Bordeaux, 3 Janvier 1927, G.P. 27. 1.530.

La Cour de Paris lui répondit qu'en effet le grevé n'était point obligé au rapport envers les bénéficiaires du legs de la quotité disponible, mais qu'il était tenu, vis-à-vis d'eux, de subir sur sa part héréditaire l'imputation des dites créances comme ayant à son égard le caractère d'un avancement d'hoirie, soit que les sommes lui eussent été remises personnellement, soit qu'elles eussent été consacrées à des paiements effectués en son acquit.

On ne peut que louer la cour de Paris d'avoir rejeté cette prétention du syndic, mais sans critiquer les termes qu'elle a employés, on peut regretter qu'elle n'ait pas ajouté simplement, comme l'avait fait le tribunal de Pontoise en première instance, que ces créances doivent être comprises dans la masse active de succession, conformément à l'article 922. Il n'y a en effet aucune raison de les en excepter.

Subsidiairement, au cas où cette première prétention ne serait pas admise, le syndic soutenait que les créances dont s'agissait ne devaient être comprises que pour le montant du dividende qui leur était afférent. Cette question est évidemment beaucoup plus délicate que la précédente. Embarrassé en première instance, le tribunal l'avait éludée en partageant les créances en parts égales entre la réserve et la quotité disponible. La cour de Paris, par contre, se prononça en faveur de la valeur nominale ; elle déclara, qu'au regard des autres ayants droit, le grevé avait eu en mains une portion des biens composant la masse de succession, qu'il y avait lieu d'imputer ladite portion sur son émoulement héréditaire et qu'il importait peu qu'il fut solvable vis-à-vis de lui-même, que d'ailleurs les créanciers n'avaient pas plus de droits que le grevé et ne sauraient invoquer que ceux qu'il pourrait faire valoir lui-même.

Cette solution peut paraître d'abord un peu surprenante. Il est admis sans difficulté que s'il existe dans la masse successorale une créance contre un tiers de solvabilité douteuse, elle devra être estimée en conséquence (34). Mais il n'en va plus de même si le débiteur est un héritier. Le paiement fait par le disposant en l'acquit de l'héritier constitue un avancement d'hoirie. Celui-ci, à due concurrence, a été rempli de ses droits ; peu importe sa solvabilité (35).

Enfin le syndic voulait encore tirer argument de l'article 832 relatif à l'égalité dans la composition des lots et obtenir la répartition par moitié de la créance sur le grevé entre la réserve et la quotité disponible, ce qui rendait évidemment sans intérêt son mode d'évaluation. On a vu plus haut que le tribunal avait admis cette prétention, mais la cour infirma le jugement déclarant que l'article 832 n'était pas applicable en l'espèce puisqu'on n'était pas en présence de cohéritiers venant à un partage au même titre, mais d'un seul héritier à réserve en présence d'un legs de la quotité disponible. D'ailleurs, il est admis que le de cujus puisse déterminer les biens dont sera composée la réserve, sous la seule condition que ces biens dépendront de la succession.

Cet arrêt est le seul à notre connaissance qui ait statué sur cette délicate question. On approuvera sans réserves la solution qu'il a donnée. Il consacre

(34) Duranton, T. 8, N° 332. Coin Delisle, sur l'article 922, N° 98. Aubry et Rau, T. 11, § 684, texte et note 5.

(35) La loi du 7 Février 1938, modifiant l'article 922 du Code civil, a d'ailleurs décidé que les biens dont il a été disposé par donation entre vifs, seraient estimés d'après leur état et leur valeur à l'époque de la donation. On peut penser qu'ici il y a eu libéralité déguisée.

la liberté du testateur dans la composition de la réserve, et en lui permettant d'imputer sur cette réserve la valeur nominale des créances qu'il possède contre son héritier, il ne fait que se conformer à ses intentions qui n'étaient pas d'engager la quotité disponible, mais de faire un avancement d'hoirie. Sans doute on pourra objecter que cette manière de procéder lèsera les intérêts des créanciers, il est facile de répondre que le grevé étant rempli de ses droits, ses créanciers ne sauraient réclamer davantage.

D. — Caractère de l'adjudication au profit du grevé

La jurisprudence de la cour de Cassation (36) que nous avons critiquée, exige un partage judiciaire. Donc si les biens héréditaires comprennent des immeubles qui ne peuvent se partager commodément, il sera nécessaire de procéder à la vente aux enchères, devant le tribunal, conformément à l'article 827 du code civil. Les immeubles seront ainsi libérés de la charge de substitution et, par application de la subrogation réelle, le droit des appelés se trouvera transporté sur le prix dont il sera fait emploi. Si le grevé se porte adjudicataire peut-on dire qu'il y a adjudication sur licitation ? Non, répond la cour de Cassation, puisqu'il n'y a pas indivision et immédiatement elle en tire cette conséquence fiscale : lors de l'enregistrement du jugement d'adjudication, le droit proportionnel de transcription est exigible.

En dehors de l'intérêt fiscal toujours actuel qu'elle présente, puisque le décret du 30 octobre

(36) Req. 22 Janvier 1906, précité.

1935 en soumettant à la transcription « tous actes ou jugements déclaratifs de propriété immobilière ou de droits immobiliers » leur a conservé un régime de faveur en les exemptant du droit de transcription et en ne les soumettant qu'à une taxe hypothécaire réduite de moitié, cette question permettra de commencer l'étude de la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé.

L'argumentation de la jurisprudence est la suivante : l'article 1^{er}, § 4 (ancienne rédaction) de la loi du 23 mars 1855 soumet à la transcription « tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant ». Or, de la combinaison des articles 1048 à 1053, il résulte que les droits des appelés ne s'ouvrent qu'au moment où cessent ceux du grevé et que jusque-là celui-ci reste saisi de la pleine propriété des biens frappés de substitution. La cour de cassation conclut « que la réunion sur sa tête (celle « du grevé) de la double qualité d'héritier à réserve « et de légataire de la quotité disponible affectée à « la substitution ne saurait être une cause d'indivision « puisque son droit actuel sur une partie de « l'hérédité n'est soumis qu'à une condition résolutoire, que par suite le jugement d'adjudication « ne saurait être considéré comme rendu au profit « d'un copartageant et qu'il ne saurait dès lors être « affranchi de la transcription » (37). Donc lors de

(37) Civ. 6 Mars 1912, D. 14.1.12, S. 14.1.399. Dans le même sens, Req. 8 Mars 1884, D. 84.1.419, S. 84.1.345 (Note Demante). J. Not. art. 23220. Cass. 7 avril 1886, D. 87.1.220, S. 86.1.485. Seine, 17 Mars 1865, D. 66.3.40. Seine, 28 Novembre 1884, Rev. Not. 1885, Art. 7110. Nantes, 12 Juin 1873, J. Not. 1874, Art. 21006. Rev. Not., Art. 4552. Pont-l'Évêque, 4 Avril 1874, Rev. Not., Art. 4624. En sens contraire, mais cassé par Civ. 6 Mars 1912, Seine 8 Juillet 1905, D. 05.2.408.

l'enregistrement, par application de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, le droit de transcription sera perçu.

On ajoute à l'appui de cette thèse que la transcription présente de très réels intérêts.

Elle permettra d'abord au grevé de purger les immeubles des hypothèques nées du chef des appelés. Or la transcription est le préliminaire indispensable de la purge. Qui peut purger doit transcrire (38).

En outre la transcription avertira les tiers que le grevé peut définitivement aliéner ou constituer des droits réels.

Et on conclut que même au cas où l'adjudication produirait l'effet déclaratif du partage, elle devrait acquitter le droit de transcription par application de la loi du 28 avril 1816. Cette loi, contrairement à celle du 21 Ventose an VII qui par son article 25 n'imposait le droit de transcription que sur les actes emportant mutation de propriété immobilière, l'impose pour les actes « de nature à être transcrits ». Nous ne sommes pas en présence d'une mutation immobilière, le grevé propriétaire dès avant l'adjudication le demeure après, mais l'intérêt considérable que présente la transcription montre que nous sommes en présence d'un acte de nature à être transcrit.

Cette jurisprudence, aujourd'hui solidement établie, est critiquée par une notable partie de la doctrine.

(38) Sur l'obligation de transcrire où se trouve celui qui peut purger, donc de payer le droit de transcription lors de l'enregistrement, Cass. 12 Mai 1897, D. 98.1.164, et Cass. 14 Décembre 1910, D. 11.1.425 (dans ces espèces, il s'agissait d'un légataire universel non saisi qui s'était rendu adjudicataire d'un immeuble héréditaire).

Sans doute, personne ne pense à soutenir que le grevé soit en état d'indivision actuelle avec les appelés. Si l'on adopte la théorie du droit actuel des appelés, il ne peut s'agir que d'un droit sous condition suspensive auquel correspond dans le patrimoine du grevé un droit sous condition résolutoire. Or, comme le remarque fort justement M. Testoud dans la revue critique : « L'indivision suppose plusieurs droits de nature identique concourrant sur un même bien. Ces droits sont représentés par des fractions, on ne peut pas dire qu'ils aient des objets concrets, circonscrits, déterminés. Ils s'appliquent à toutes les parties du bien indivis et ne s'appliquent à aucune » (39). Or, ici, il y a coexistence de droits différents et donc pas d'indivision actuelle.

La cour de Cassation n'en paraît pas moins fort rigoureuse lorsque, sous ce prétexte, elle refuse à l'adjudication les effets produits par une licitation. On peut aisément lui objecter que si, sans doute, il n'y a pas indivision actuelle entre grevé et appelés, l'acte n'a pas d'autre but, ni d'autre effet que de prévenir une indivision éventuelle et que c'est uniquement pour le cas où elle réaliserait que l'adjudication est provoquée (40). Si le droit des appelés s'évanouit, l'adjudication n'aura produit aucun effet utile ; s'il prend naissance, les appelés pourront se trouver en état d'indivision avec ceux auxquels le grevé aura transmis des droits sur les biens composant sa réserve. Il est incontestable que, si l'adjudication au profit des ayants cause du grevé n'avait eu

(39) Rev. critique, 1885, p. 153.

(40) Journal de l'enregistrement, N° 2279, Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement, v. Substitution, N° 570 et suiv.

lieu qu'après l'ouverture de la substitution, l'effet déclaratif se serait produit, et sous le régime antérieur au décret du 30 octobre 1935 la transcription n'eut pas été nécessaire. Il est difficile d'expliquer pourquoi il en aurait été autrement par cela seul que l'adjudication aurait eu lieu par anticipation.

Quant à l'argument tiré de l'utilité de la transcription, les auteurs partisans du droit conditionnel le réfutaient aisément. Ils remarquaient qu'il importe au crédit public de faire connaître par la transcription si une propriété immobilière est affectée d'une condition résolutoire — c'est pourquoi le code a prescrit la publicité des substitutions. Mais rien dans notre droit n'impose (41) de porter à la connaissance des tiers l'évanouissement des conditions résolutoires, aussi M. Testoud conclut : « La non résolution ou la consolidation de la propriété ne sont pas portés à la connaissance du public. Il n'est pas davantage utile d'apprendre aux tiers, l'extinction du droit des appelés » (42).

Les partisans du droit éventuel des appelés réfutaient encore plus aisément la jurisprudence.

L'argument de l'indivision éventuelle que l'adjudication a pour but de prévenir correspond encore mieux à leur théorie qu'à la précédente. Quant à l'utilité de la transcription, ils répondaient, avant le décret de 1935, qu'il serait en effet souhaitable que les tiers fussent avertis de la disparition de la charge sur une portion des biens, mais que c'était là un motif d'ordre législatif qui vaudrait pour toutes les opérations de partage.

(41) A ce point de vue, rien n'a été changé par le décret du 30 Octobre 1935.

(42) Article de la Revue critique précité.

Enfin pour eux, même au cas où on refuserait au jugement l'effet déclaratif, la purge serait sans utilité puisque l'appelé, ne pouvant disposer de ses droits avant l'ouverture de la substitution, ne saurait valablement hypothéquer.

La position de la jurisprudence nous semble donc fort critiquable et nous concluons avec la majorité des auteurs, que l'adjudication au profit du grevé n'était pas soumise à la transcription avant le décret du 30 octobre 1935 et qu'en conséquence, elle doit actuellement bénéficier au point de vue fiscal du régime de faveur établi par ce décret.

CHAPITRE II

APPLICATION DU PRINCIPE DE LA SUBROGATION RÉELLE

On a vu dans le précédent chapitre que la substitution a le plus souvent pour but de conserver une valeur plutôt que de rendre indisponible un bien déterminé. Or la conservation d'une valeur, non seulement ne nécessite pas que les mêmes biens demeurent toujours entre les mains du grevé, mais souvent même requiert impérieusement leur aliénation s'ils sont susceptibles de se déprécier et leur remplacement par d'autres qui posséderont les mêmes caractères juridiques. La charge de conserver et de rendre ne grève plus le bien aliéné, mais elle n'a pas disparu pour cela, elle se trouve seulement reportée sur celui qui l'a remplacé. Il y a subrogation réelle.

Les auteurs sont d'accord pour admettre que la subrogation réelle se produit quand il y a un patrimoine grevé d'affection, par exemple en cas de fondation, les éléments du patrimoine pourront varier, la charge demeurera, ou encore dans le cas où l'on est en présence d'une masse de biens sujette à restitution : on peut citer la succession possédée par un héritier apparent ou celle d'un absent dont un parent a été envoyé en possession.

Or la substitution présente l'un et l'autre de ces caractères : c'est un patrimoine d'affectation, comme les biens dotaux, les biens substitués, on le verra

plus loin, sont affectés à la famille. C'est aussi une masse de biens sujette à restitution, puisque le grevé chargé de conserver les biens devra les rendre aux appelés. La subrogation réelle devra donc être largement utilisée.

Sans doute le code civil a déjà fait application de ce principe dans les articles 1062 et 1065 quand il prescrit la vente du mobilier et l'emploi du prix, mais on peut regretter qu'il n'ait pas prévu les aliénations à charge de remploi et l'échange. On peut déplorer surtout que la jurisprudence et la pratique notariale qui ont, en matière de régime dotal, si heureusement comblé les nombreuses lacunes du code, n'aient ici qu'à peine ébauché une œuvre si nécessaire et que la portée des quelques solutions qu'elles proposent reste passablement discutée. Les praticiens ont trop tendance à considérer qu'un bien grevé de substitution est définitivement indisponible et à admettre qu'en conséquence il est désormais inutile de se préoccuper de sa condition. Une telle façon de concevoir le régime de la substitution ne peut qu'en rendre l'emploi extrêmement rare.

On essaiera de montrer ici qu'en en assouplissant le fonctionnement, dans toute la mesure compatible avec la sécurité de la famille, comme cela a été réalisé pour le régime dotal, il est possible de donner au régime des substitutions une forme plus pratique, plus adaptée aux besoins modernes qui seule permettra d'en développer l'usage.

Après avoir examiné brièvement les règles prescrites par le code civil pour la vente du mobilier et l'emploi des deniers, nous étudierons plus longuement l'aliénation à charge de remploi et l'échange. Enfin l'indemnité due en cas de perte ou de détérioration des biens nous fournira une dernière application de la subrogation réelle.

SECTION I. — *De la vente du mobilier
et de l'emploi des deniers*

L'intérêt des appelés exigeait impérieusement que les meubles qui sont susceptibles de se détériorer, non seulement par l'usage que le grevé peut en faire, mais par le simple écoulement d'un certain laps de temps et qui en outre peuvent être l'objet de détournements, fussent remplacés par d'autres biens d'une conservation plus aisée et plus sûre. D'où la prescription faite au grevé par l'article 1062 « de procéder à la vente par affiches et enchères de tous les meubles et effets compris dans la disposition ».

On admet généralement que l'obligation de vendre s'étend à tous les meubles corporels, même à ceux qui, comme l'argenterie ou les objets d'art, ne sont pas de nature à se déprécier (2). Il est aisé de comprendre que l'intérêt de la vente subsiste puisqu'ils sont susceptibles de détournement.

Par contre, rien ne saurait justifier la vente des meubles incorporels et, malgré l'expression très générale de « meubles et effets mobiliers » qu'utilise l'article 1062, on décide qu'il ne saurait en ce cas recevoir d'application (3). D'ailleurs, comme le disent fort justement Baudry Lacantinerie et Colin, à quoi bon vendre les meubles incorporels puisqu'il faudrait placer l'argent qui proviendrait de la vente, ce qui se ferait souvent en achetant des valeurs de

(2) En ce sens, Demolombe, T.22, N° 497. Aubry et Rau, T. 11, § 696. Note 43. Contra Toullier, T.5, N° 760.

(3) Demolombe, T.22, N° 496, Aubry et Rau, T.11, § 696. Note 43. Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3293 et s.

même nature que cellès aliénées (4). Il n'y a pas à craindre de dépérissement par l'usage, ni d'avantage de détournement, à la condition toutefois que l'immatricule des titres ou le libellé des créances mentionne la charge de restitution. Les titres au porteur devront donc être obligatoirement convertis au nominatif, à moins qu'ils ne soient déposés dans une banque avec mention sur le récépissé de la charge de restitution.

A la vente obligatoire des meubles, il est encore d'autres exceptions.

Il se peut d'abord que, par le seul effet du partage, la vente du mobilier puisse être évitée. L'ordonnance de 1747 (5) reconnaissait aux juges le pouvoir de décider que le grevé imputerait la valeur du mobilier déterminée par une prisee, soit sur sa réserve, soit sur ce qui pourrait lui être dû par la succession ; qu'il fût bénéficiaire d'un legs pur et simple, ou qu'il eût payé des dettes en l'acquit de la succession. Dans le silence du Code, on admet qu'aujourd'hui encore il doit en être de même (6). Cette manière de procéder aura l'immense avantage d'éviter la formalité toujours pénible de la vente du mobilier de famille.

Pour arriver au même résultat, l'article 1063 offre au disposant un autre moyen. Celui-ci peut imposer la conservation des meubles en nature et l'obligation de les rendre dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution. Si, à l'ouverture de la substitution, les meubles ne se trouvaient plus

(4) Baudry Lacantinerie et Colin, loc. cit.

(5) Ordonnance de Louis XV sur les substitutions d'août 1747, Titre I, article 10. Furgole, p. 45.

(6) Coin Delisle, sur les art. 1062 à 1064, N° 2. Trop-
long, T. 4. N° 2277, Demolombe, T. 22, N° 505.

en nature, le grevé serait débiteur de leur valeur d'après la prisée de l'inventaire ; il serait également responsable des détériorations qui ne proviendraient pas de l'usage normal des objets (7). Il n'est guère besoin d'ajouter que souvent l'exécution d'une pareille obligation, si elle n'est pas accompagnée de sûretés, se heurtera à l'insolvabilité du grevé.

Enfin l'article 1064 prévoit un dernier cas où le grevé sera dispensé de vendre le mobilier : « Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres seront censés compris dans les donations entre vifs ou testamentaires desdites terres, et le grevé sera seulement tenu de les faire priser et estimer pour en rendre une égale valeur lors de la restitution ». Cet article paraît complètement inutile, la dispense est inopérante puisqu'il s'agit ici non de meubles mais, conformément aux articles 522 et 524, d'immeubles par destination. Il ne faudrait cependant pas croire à une méprise du législateur. Le titre « des donations » a été décrété le 3 Mai 1803 avant celui « de la distinction des biens » contenant les articles 522 et 524 qui ne l'a été que le 23 Janvier 1804. A ce moment il ne paraissait pas inutile de dire que les bestiaux et ustensiles seraient compris dans la donation, ni que le grevé serait dispensé de les vendre. On aurait seulement pu songer à modifier l'article 1064 lors des rédactions ultérieures.

Sa rédaction, d'ailleurs, appelle l'attention sur un autre point beaucoup plus important. Il parle de « rendre une égale valeur lors de la restitution ». L'article 6 du titre I de l'ordonnance de 1747 di-

(7) Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3297, Demolombe, T.22, N° 501. Laurent, T.14, N° 550.

sait « pour en rendre d'une égale valeur ». Nous admettrons avec Baudry Lacantinerie et Colin (8) que la modification du texte de l'ordonnance ne provient que d'une inadvertance du législateur, ce n'est pas une égale valeur à celle des bestiaux et ustensiles que le grevé devra restituer, mais des bestiaux et ustensiles d'une égale valeur. Mais que faut-il entendre par ces mots d' « égale valeur » ?

Ce texte rappelle immédiatement celui de l'article 1826 relatif aux baux à cheptel : « A la fin du bail le fermier ne peut retenir le cheptel en en payant l'estimation originaire, il doit en laisser un de valeur pareille à celui qu'il a reçu ». Interprétant ce texte à la suite de la guerre, la cour de Cassation (9) a décidé que l'obligation imposée au fermier de laisser des bestiaux de valeur pareille à ceux qu'il a reçus ne pouvait concerner que la valeur vénale du cheptel et non sa puissance comme instrument d'exploitation. Ce qui revient à dire que l'obligation consistait seulement à rendre des bestiaux et ustensiles d'une valeur nominale égale, donc représentant un nombre de francs égal, et que la valeur réelle n'avait aucune importance. Cette interprétation, qui ne semblait pas imposée par la rédaction de l'article 1826, est peut-être conforme à la présomption qu'un franc quel qu'il soit égale toujours un franc de germinal, elle est notoirement illogique et injuste.

Il n'existe pas à notre connaissance de décisions qui aient statué sur l'article 1064. Si la question

(8) Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3299 ; Duranton, T.9, N° 570, Note 1 ; Demolombe, T.22, N° 503 ; Marcadé, T.4, N° 252 ; Laurent, T.14, N° 551 ; Aubry et Rau, T.11, § 696, Texte et note 44.

(9) Civ. 6 juin 1921, D. 21.1.173, S. 21.1.181 et Civ. 30 Mai 1922, D. 22.1.69.

avait été soumise à la cour suprême, on peut craindre que la solution n'eût pas été différente de celle donnée pour l'article 1826. Rien ne saurait léser plus manifestement les intérêts des appelés. Ce qui importe, c'est que ceux-ci puissent continuer l'exploitation comme le faisait le grevé lui-même, là seulement est la notion de valeur égale, tout le reste n'est que fiction.

Le mobilier une fois vendu, l'article 1065 prescrit l'emploi du prix en provenant ainsi que celui des deniers comptants dans le délai de 6 mois à compter du jour de la clôture de l'inventaire. Nous étudierons plus loin, à propos de l'aliénation à charge de remploi, les règles qui doivent s'appliquer à cet emploi.

SECTION II. — *De l'aliénation à charge de remploi*

L'article 1557 du code civil décide que l'immeuble dotal peut être aliéné lorsque l'aliénation a été permise par le contrat de mariage. Les parties au contrat, libres de décider que les immeubles dotaux seront aliénables sans restriction, peuvent aussi soumettre la validité de l'aliénation à une condition : le remploi du prix en provenant.

En matière de substitution, il n'existe aucun texte qui permette l'aliénation même à charge de remploi, et pourtant elle présente autant d'intérêt. L'inaliénabilité complète est gênante, pleine d'inconvénients. La clause d'aliénation à charge de remploi a, au contraire, l'avantage, tout en assurant une protection suffisante de soustraire les biens aux conséquences fâcheuses de l'inaliénabilité absolue. Elle sauvegarde l'intérêt de la famille, en permet-

tant l'aliénation d'un bien susceptible de se déprécier.

Doctrine et jurisprudence sont d'accord pour admettre la validité de l'aliénation à charge de remploi lorsque celle-ci a été expressément autorisée par le disposant. Sans doute il n'existe aucun texte, mais puisqu'il y a ici diminution de l'indisponibilité, l'esprit qui anime notre législation ne peut que permettre cette pratique. Il est seulement nécessaire de donner l'autorisation en termes clairs et précis, ne pouvant prêter à aucune équivoque. La chambre des Requêtes dans un arrêt du 14 Décembre 1898 et la chambre civile le 26 Mars 1900 (10) l'ont nettement précisé.

Mais le plus souvent le disposant n'a rien prévu ; l'aliénation à charge de remploi sera-t-elle licite ? On serait tenté de résoudre cette difficulté comme en matière de régime dotal. Si l'aliénation n'a pas été permise par le contrat de mariage (article 1557) elle est impossible en dehors des cas prévus par la loi. Comme pour les substitutions la loi n'en prévoit aucun, on pourrait en déduire qu'une telle aliénation ne serait en aucun cas opposable à l'appelé. La jurisprudence ne semble cependant pas se prononcer d'une manière aussi formelle, elle recherche l'intention du disposant dans la nature même de la libéralité.

Si la substitution porte sur des biens individuellement déterminés, si le disposant les a expressément désignés, il a montré par là qu'il n'entendait pas seulement assurer à ses petits-enfants ou à ses neveux la conservation d'une valeur, mais surtout

(10) Req. 14 Décembre 1898 et Civ. 26 Mars 1900, D. 01.1.489.

maintenir dans sa famille, un bien, probablement un immeuble, auquel il était particulièrement attaché. C'était là, avons-nous dit, la conception de l'ancien droit ; suivant les termes mêmes de l'ordonnance de 1747, la substitution avait pour but de « donner aux maisons illustres le moyen d'en soutenir l'éclat ». Sans doute, de nos jours, il ne reste que bien peu de chose de la substitution de l'ancien régime ; le but qu'elle poursuivait peut cependant encore être recherché dans les étroites limites permises. Dans ce cas le sentiment qui a inspiré le disposant est trop respectable pour qu'il soit permis d'y porter atteinte, c'est le bien substitué lui-même qui reviendra aux appelés : les tribunaux ne pourront pas permettre l'aliénation à charge de remploi (11).

La situation est toute différente lorsque le disposant a seulement craint que son héritier direct, enclin à de folles prodigalités, ne réduisît ses enfants à la misère. Il a alors grevé de substitution une quotité de sa succession, pratiquement la quotité disponible. N'ayant pas lui-même procédé à la désignation des biens, un partage ou un cantonnement en nature, un « départ » disait Demante, a été nécessaire. Le disposant a ainsi montré qu'il se souciait fort peu de l'individualité des biens et de leur conservation dans sa famille ; il n'a cherché qu'une chose : assurer aux appelés le maintien d'une valeur. Dès lors, il n'existe aucune raison pour obliger le

(11) Cette argumentation n'aura toutefois pas la même valeur lorsque les biens désignés par le disposant seront des titres de rente ou plus généralement des valeurs mobilières. L'aliénation à charge de remploi ne semble cependant pas pouvoir être autorisée, le disposant pensait pouvoir trouver une sécurité particulière dans telle espèce de titres, sa volonté doit être respectée.

grevé à conserver en nature des biens auxquels le disposant n'a manifesté aucun attachement particulier. Dans le silence de l'acte, le tribunal pourra autoriser l'aliénation à charge de emploi.

Aucun arrêt n'a encore, à notre connaissance, statué sur cette matière, il n'existe que deux jugements : l'un du tribunal de la Seine en date du 9 Mars 1899 (12), l'autre du tribunal de Châteauroux du 3 Juin 1885 (13), favorables à la thèse que nous venons d'exposer.

Les attendus du tribunal de la Seine sont particulièrement intéressants. Après avoir déclaré que la disposante n'avait pas affecté à la substitution un bien déterminé, mais seulement la quotité disponible sans prescrire un emploi spécial, il constate « que la substitution aurait pu frapper des sommes d'argent dont le grevé aurait été tenu de faire emploi conformément aux articles 1065 et 1066, qu'il n'existe pas d'obstacle juridique pour qu'un premier emploi fait par le grevé ou résultant d'attributions dans une liquidation soit modifié plus tard si l'intérêt du grevé ou des appelés l'exige ».

Nous ne doutons pas que si ce problème était un jour posé devant la cour de cassation, il ne soit résolu dans le même sens puisqu'il concilie les intérêts de la famille à qui il assure la conservation de la valeur et ceux de la collectivité que peut gêner une indisponibilité de fait trop prolongée.

On admettra donc que l'aliénation à charge de emploi peut être autorisée lorsque la volonté du disposant a été de la permettre, soit que cette vo-

(12) Seine, 9 Mars 1899, *Le Droit*, 27 Juillet 1899.

(13) Châteauroux, 3 Juin 1885, *G.P.* 85.2.53 ; *Rep.Not.* 1885, art. 2549.

lonté se soit manifestée d'une façon expresse, soit qu'elle soit simplement tacite et découle du caractère même de la libéralité.

Mais de ce que l'aliénation à charge de remploi soit en principe permise, il ne résulte pas que le grevé ait toute licence pour y procéder. Encore faut-il qu'il respecte certaines conditions de forme.

Devra-t-il obtenir l'autorisation du conseil de famille ? Le jugement du tribunal de la Seine en date du 9 Mars 1899 l'a admis. Il s'agissait en l'espèce d'aliénation de valeurs mobilières, *a fortiori* devrait-elle être exigée, suivant cette opinion, au cas d'aliénation d'immeubles. Ce conseil de famille ne pourrait être que celui des appelés, composé de membres choisis moitié du côté paternel et moitié du côté maternel, comme il l'est d'après les auteurs (14) pour la nomination du tuteur à la substitution lorsque le disposant a omis d'y procéder lui-même. Cette décision est demeurée isolée. Nous dirons, avec M. Bouzat (15), qu'une pareille exigence est inadmissible. Le grevé, en effet, n'est pas un incapable, les biens dont il est propriétaire sont seulement soumis à la charge de conserver et de rendre. L'argument que le tribunal de la Seine voulait tirer de la loi du 27 Février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières est inopérant : cette loi ne s'applique qu'aux incapables, le grevé n'en fait pas partie.

(14) Demante et Colmet de Sânterre, T.4, N° 218 bis, II ; Demolombe, T.22, N° 469 ; Laurent, T.14, N° 540 ; Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3268 ; Planiol, T.3, N° 3308 ; Aubry et Rau, T.11, § 696, Texte et note 32 ; Colin et Capitant, T.3, N° 1268.

(15) Bouzat, op.cit., p.126.

Mais si l'autorisation du conseil de famille — dont le code ne parle d'ailleurs jamais en matière de substitution — semble inutile, l'autorisation de justice est nécessaire ; en outre, le tuteur devra être présent à l'instance ou y avoir été dûment appelé, et le ministère public sera entendu en ses conclusions.

La nécessité de la présence du tuteur s'explique facilement, l'aliénation à charge de emploi l'intéresse au plus haut point puisque sa responsabilité peut se trouver engagée s'il n'a pas, comme le lui prescrit l'article 1073, « fait toutes diligences pour que la charge soit bien et fidèlement acquittée » (16). Si le tuteur consent à l'opération projetée, il s'associera à la requête présentée par le grevé et le tribunal statuera, puisqu'il s'agit d'un acte de juridiction gracieuse, en chambre du conseil. S'il refuse son concours, le grevé devra alors l'assigner et un débat contradictoire aura lieu en audience publique (17).

Par application de l'article 83 du code de procédure, le ministère public devra toujours être entendu ; sans doute, nous l'avons dit, le grevé n'est pas un incapable, mais les appelés méritent la sollicitude de ce magistrat, comme toutes les person-

(16) Sur la nécessité de l'autorisation de justice et la présence du tuteur à l'instance, voy. notamment Req. 14 Déc. 1898 et Civ. 26 Mars 1900 précités ; Agen, 25 Mai 1903, D. 04.2.130, J. Not. 1903, Art. 28.025 ; Rep. Not., 1904, art. 13702 ; Seine, 12 Mai 1898, Le Droit, 12 et 13 septembre 1898 ; Seine, 9 Mars 1899, Le Droit, 27 Juillet 1899 ; Seine, 18 Janvier 1899, Le Droit, 7 Juillet 1899 ; St-Nazaire, 27 Décembre 1935, G.P. 36.1.476.

(17) Le tuteur ne saurait être autorisé à effectuer seul l'emploi des deniers. Tr. Bordeaux, 3 Janvier 1927, G.P., 27.1.530.

nes, même capables, qui ne sont pas en état de défendre convenablement leurs droits (18).

Ces conditions de forme respectées, le tribunal n'accordera son autorisation que si l'aliénation présente un « avantage évident » et cet avantage devra s'apprécier non point en faveur du grevé, mais en faveur des appelés. Il en était ainsi dans les deux espèces dont nous avons parlé plus haut ; dans celle soumise au tribunal de Châtauroux le 3 Juin 1885, il est dit que « les appelés ont le plus grand intérêt à la réalisation de l'offre » ; en effet, bien que le fermier du domaine substitué fût insolvable, par suite de circonstances exceptionnelles, l'acquéreur éventuel offrait un prix supérieur du tiers à celui fixé quelques années auparavant lors du partage, et dans celle jugée par le tribunal de la Seine le 9 Mars 1899, l'achat à un prix avantageux d'un immeuble permettait de sauvegarder une créance hypothécaire.

L'aliénation permise par le disposant, autorisée par le tribunal, dans quelles formes devra-t-on y procéder ? S'il s'agit de valeurs négociables à la Bourse, elles seront vendues par le ministère d'un agent de change. Pour les autres, c'est le tribunal lui-même en accordant l'autorisation qui déterminera les formes à employer. S'il s'agit d'immeubles, la majorité des auteurs (19) estime qu'il y a lieu d'observer les formes prescrites pour la vente des

(18) Les articles 49 et 50 de l'ordonnance de 1747 exigeaient la présence du ministère public pour qu'un jugement soit opposable à l'appelé.

(19) Coin Delisle, sur les art. 1048 à 1051, N° 32 ; Demante et Colmet de Canterre, T.4, N° 213 bis, V ; Demolombe, T.22, N° 561 ; Planiol, T.3, N° 3321, 3°.

biens de mineurs. La jurisprudence semble décider de même. Le tribunal de Châteauroux décide « qu'il y a lieu d'ordonner que la vente se fera aux enchères avec les formalités prescrites par la loi pour la vente des biens de mineurs, de façon à ce que le public soit appelé à ladite vente et que toutes les offres puissent se produire au grand jour » (20). On sera ainsi certain d'obtenir le meilleur prix.

Ces formes sont sans doute très protectrices des intérêts des appelés, mais nous pensons qu'elles sont trop compliquées et aussi trop onéreuses. Elles ne devront donc être employées qu'à défaut de stipulation contraire du disposant. Celui-ci pourra décider que les biens dépendant de la substitution seront aliénés avec le seul concours du tuteur, sans aucune formalité de justice. Ainsi on se rapprochera des formalités exigées sous le régime dotal quand le contrat permet l'aliénation des biens dotaux à charge de emploi, le rôle du mari pouvant se comparer à celui du tuteur. La responsabilité qui pèse sur ce dernier ainsi que sur le tiers garant de l'utilité du emploi est suffisante pour assurer une protection efficace des appelés.

On pouvait craindre que la Jurisprudence de la cour de cassation, si rigoureuse en matière de partage où elles exige les formes judiciaires et la licitation publique des immeubles, ne fût étendue au cas de vente. Il semble que les tribunaux ne s'engagent pas dans cette voie. Celui de Saint-Nazaire, dans un jugement récent (21), a validé la clause portant que les biens pourraient être vendus à l'amia-

(20) Châteauroux, 3 Juin 1885, précité.

(21) St-Nazaire, 27 Décembre 1935, G.P., 36.1.476.

ble sans aucune formalité de justice avec le seul concours du tuteur et du grevé. On veut espérer que les juridictions supérieures ne contrarieront pas cette jurisprudence naissante.

Les biens aliénés, il faudra procéder au remploi des sommes provenant de l'aliénation. L'article 1066 donne au grevé un délai de 3 mois pour remployer « les deniers provenant des effets actifs qui seront recouvrés et les remboursements de rente ». C'est ce délai qui sera applicable ici. Il est plus court que celui donné au grevé lors du décès du disposant pour faire emploi de l'argent comptant et de celui provenant de la vente des meubles (art. 1065). Néanmoins, l'article 1066 n'envisageant pas comme l'article 1065 la prolongation du délai, on s'accorde généralement pour décider que les juges ne sauraient la permettre.

Le remploi devra porter sur la totalité du prix. Seront compris dans l'emploi les frais d'acquisition, c'est-à-dire les droits d'enregistrement, les honoraires du notaire qui a rédigé l'acte, les frais de transcription ou d'inscription, le courtage de l'agent de change s'il s'agit de valeurs mobilières. Par contre, s'il s'agit de titres de bourse, il faudra déduire de la somme employée la partie du coupon déjà courue. Celle-ci se trouve comprise dans le prix d'acquisition du titre et en augmente le montant.

Pour déterminer en quels biens le remploi devra être effectué, il faut distinguer deux cas suivant que le disposant a ou non prévu cette difficulté.

Si le disposant n'a rien prévu, on s'en tiendra aux termes de l'article 1067 qui s'appliquent aussi bien au remploi qu'à l'emploi : il ne pourra s'agir

que d'immeubles ou de privilèges sur les immeubles (22).

L'article 1067 ne parlant que « d'immeubles et de privilèges sur les immeubles », une controverse s'est élevée pour savoir s'il pourrait être fait également emploi en placements hypothécaires. Pour certains auteurs (23), l'article 1067 doit être interprété littéralement : l'emploi ou le remploi ne peuvent avoir lieu qu'en privilèges immobiliers, jamais en placements hypothécaires, même de premier rang. Suivant l'opinion dominante (24) le grevé doit d'abord tenter de se procurer une créance garantie par un privilège immobilier, s'il n'y parvient pas, il pourra faire un placement sur première hypothèque.

On peut admettre que jusqu'à une époque récente, donc quand cette controverse déjà ancienne s'est produite, le placement hypothécaire en premier rang offrait toute sécurité ; la seconde opinion, bien que non conforme à l'interprétation strictement littérale du texte, pouvait donc paraître préférable.

(22) Pour les acquisitions immobilières, un jugement du tribunal de la Seine du 22 Mars 1893 (Rép. Not. 1893, Art. 7733, G.P. 1893.1.484) a décidé qu'il n'est pas nécessaire que les immeubles acquis en emploi ou en remploi soient libres d'inscriptions hypothécaires, la seule intention du législateur ayant été d'assurer aux appelés un placement sérieux, sans nuire aux droits de la propriété actuelle du grevé. Il suffit donc que les immeubles aient une valeur vénale suffisante pour couvrir à la fois le prix de la substitution ainsi que le montant en capital et intérêts des créances hypothécaires.

(23) Grenier, T.3, N° 389 ; Demante et Colmet de Santerre, T.4, N° 229 bis, 2 ; Marcadé, T.4, N° 254.

(24) Toullier, T.5, N° 760 ; Coin Delisle, sur les art. 1065 à 1068, N° 1 ; Duranton, T.9, N° 574 ; Demolombe, T.22, N° 513 ; Laurent, T.14, N° 555 ; Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3307 ; Planiol, T.3, N° 3312 ; Aubry et Rau, T.11, § 696, Texte et note 46.

On peut se demander s'il doit encore en être de même aujourd'hui, le nombre des privilèges augmente sans cesse, le plus souvent pour des motifs qui ne sont pas d'ordre juridique ; le placement hypothécaire n'offre plus la sécurité d'autrefois (25).

Il est même arrivé, dans les temps heureux où les créanciers recherchaient des débiteurs, que le grevé se trouvât dans l'impossibilité d'effectuer un placement sur hypothèque. Dans l'espèce soumise à la cour de Dijon le 16 Août 1861 (26), le grevé avait appelé le tuteur pour faire ordonner l'emploi des capitaux en obligations du Crédit Foncier et la cour, constatant l'impossibilité où se trouvait le grevé d'effectuer un emploi en créances hypothécaires et la garantie qu'offraient les obligations du Crédit Foncier, ordonna l'emploi comme on l'en avait requis.

Si l'on admet que le grevé peut faire un placement simplement hypothécaire, la décision de la cour de Dijon doit être approuvée ; sans doute il ne s'agit pas d'une véritable hypothèque, le Crédit Foncier n'étant pas propriétaire des immeubles, mais les garanties qu'il offre sont équivalentes ; car d'une part le chiffre des obligations ne peut dépasser celui des créances et d'autre part, en ce qui concerne

(25) Dans une espèce jugée le 16 Février 1892, le Tribunal de la Seine (Le Droit, 7 Avril 1892) avait, pour faciliter au grevé l'acquisition d'un immeuble, autorisé l'aliénation d'un titre de rente substitué et prescrit que les sommes en provenant seraient employées à payer par subrogation en faveur des substitués, jusqu'à due concurrence, le prix restant dû aux vendeurs. On aurait eu ainsi cette situation singulière d'un immeuble appartenant au grevé dont il aurait pu disposer librement, mais servant de gage à une créance privilégiée grevée de substitution.

(26) Dijon, 16 Août 1861, D. 61.2.239, J. Not. 1861, art. 17.271.

les obligations foncières, les créances provenant des prêts hypothécaires demeurent affectées par privilège aux obligations.

D'ailleurs cette controverse n'a plus grand intérêt depuis que toute une législation a étendu la liste des biens pouvant servir de remploi, et ce pour des raisons fondées bien plus sur l'intérêt financier de l'Etat que pour des raisons d'ordre juridique ou d'intérêt des parties. On peut citer la loi du 2 Juillet 1862, article 46, qui assimile aux immeubles la rente de 3 % sur l'Etat français, celle du 16 Septembre 1871, article 29, qui applique le même principe à toutes les rentes sur l'Etat et toutes les lois successives qui, à mesure que l'Etat émettait de nouveaux emprunts leur conférait le même privilège. Cette législation n'avait toutefois pas un caractère d'ordre public, elle permettait de stipuler que le remploi ne pourrait être fait qu'en immeubles à l'exclusion de toute valeur mobilière. La jurisprudence exigeait seulement (il s'agit d'arrêts rendus en matière de régime dotal) que la volonté des parties de s'opposer au remploi en rentes sur l'Etat fût manifestée d'une façon expresse. Dans les lois plus récentes, le législateur ne semble pas avoir eu les mêmes scrupules. La loi du 13 Juin 1911 a assimilé aux immeubles les obligations émises par les chemins de fer de l'Etat, celle du 10 Juillet 1915 les bons de la Défense Nationale, celle du 24 Mars 1921 les obligations émises par le Crédit National et les groupements de sinistrés, celle du 30 Juin 1923 les obligations de l'administration des Postes. Toutes ces lois n'ont pas réservé la possibilité d'une clause contraire, la plupart des auteurs ont donc cru pouvoir en déduire qu'il y avait aujourd'hui un droit absolu d'effectuer en titres de cette nature un remploi imposé en immeubles.

Pour éviter toutes difficultés et aussi pour laisser plus de latitude au grevé, le disposant agira sagement en prévoyant lui-même en quels biens le remploi devra être effectué.

Ce faisant, il évitera l'arbitraire des juges du fait. Ainsi le tribunal de la Seine qui, les 16 Février 1892 et 22 Mars 1893 (27), avait autorisé l'aliénation de rentes sur l'Etat et le 9 Mars 1899 (28) celle d'obligations du Crédit Foncier et des chemins de fer pour que le prix soit employé en acquisition d'immeubles avait décidé le 13 Juin 1891 (29) que le grevé de substitution ne saurait être autorisé à aliéner un titre rente pour faire emploi du prix en achat d'immeuble, prenant soin de préciser qu'alors que les immeubles sont soumis à des causes de dépréciations diverses « le titre de rente constituait un placement de premier ordre et offrant pour les appelés toutes les garanties de conservation que la loi a pu prévoir dans leur intérêt puisqu'il repose sur le Crédit de l'Etat... ». On n'insistera pas sur ce jugement.

La clause de remploi est d'une rédaction particulièrement difficile et délicate. Sans nul doute, le disposant devra en premier lieu autoriser le remploi en immeubles. Les immeubles étaient jadis la base même des fortunes, dans toute la seconde moitié du XIX^e siècle et les premières années du XX^e la fortune mobilière s'est développée d'une façon si considérable qu'elle les a relégués au second plan. Mais aujourd'hui, la tendance est renversée et les

(27) Seine, 16 Février 1892, précité, 22 Mars 1893, G.P. 93.1.484, Rép.Not. 93, art. 7373.

(28) Seine, 9 Mars 1899, Le Droit, 27 Juillet 1899.

(29) Seine, 13 Juin 1891, Rép.Not. 92, N° 6622, La Loi, 27 Août 1891.

immeubles tendent à reprendre la première place. Il sera utile de préciser le genre d'immeubles qui devront être acquis ; les propriétés de luxe seront proscrites, destinées au plaisir de leur propriétaire, l'expérience a montré qu'elles étaient susceptibles de subir des dépréciations considérables. Immeubles urbains ou ruraux ? M. Bouzat préfère l'emploi en propriétés urbaines, les rurales pouvant perdre leur valeur à la suite des crises agricoles (30). Nous ne sommes pas du même avis, et nous pensons que l'emploi en propriétés rurales offre autant de sécurité, peut-être même davantage, sinon pour les forêts, du moins pour les terres propres à la culture ou à l'élevage. D'abord, une considération de fait, mais assez importante : jusqu'à ce jour la législation d'exception a été moins acharnée sur les baux à ferme que sur ceux à loyer. Ensuite, la pratique qui s'est établie depuis une quinzaine d'années de stipuler des fermages payables en céréales ou en argent sur la base du prix de ces céréales permet, si on envisage un laps de temps suffisamment long, d'obtenir un revenu réel beaucoup plus stable que celui d'un immeuble destiné à l'habitation ou au commerce pour lequel le locataire n'accepte qu'assez difficilement un loyer variable suivant l'indice du prix de la vie. En un mot, il est plus facile de parer à la dépréciation monétaire avec des immeubles ruraux qu'avec des immeubles urbains.

Le disposant devra aussi prévoir l'emploi en valeurs mobilières, et c'est surtout ici que les difficultés sont considérables. En matière de régime dotal, les notaires ont l'habitude depuis longtemps d'énumérer un certain nombre de valeurs, rentes

(30) Bouzat, *op. cit.*, p. 129.

sur l'Etat, obligations de chemin de fer, du Crédit Foncier, etc., toutes celles qui, jadis, étaient considérées comme « valeurs de père de famille ». Le danger d'une énumération est qu'elle risque d'être incomplète et de priver celui qu'elle veut protéger de la possibilité d'acquérir une excellente valeur. Si on emploie des termes généraux, comme cela arrive aussi pour les biens dotaux, par exemple « valeurs cotées depuis X années à la Bourse de Paris », on laissera au grevé la possibilité d'effectuer des spéculations hasardeuses. En tout cas, qu'on le veuille ou non, un fait est bien acquis : les valeurs de « père de famille » n'existent plus. Les dépréciations monétaires en sont la cause. Dès lors, il nous semble qu'il est souhaitable de laisser au grevé une liberté, même un peu trop large, plutôt que de l'enfermer dans des limites trop étroites (31).

Il faudra permettre l'acquisition de rentes et obligations françaises (chemins de fer, Crédit Foncier, Crédit National, etc.) et généralement de tous titres bénéficiant de la garantie de l'Etat (32), mais aussi de fonds d'Etats étrangers (à l'exclusion des obligations de toutes sociétés étrangères) choisis parmi ceux de quelques pays seulement, expressément désignés, que l'expérience a révélés bons débiteurs.

(31) Demolombe, T.22, N° 510 prétend que si l'emploi prescrit par le disposant était devenu mauvais au moment où il s'agirait de le faire, il y aurait lieu d'en effectuer un autre, mais on devrait alors en chercher un aussi rapproché que possible de celui ordonné par le disposant. Nous dirons qu'il est à craindre que les tribunaux ne veuillent pas toujours discerner quand un emploi prescrit par le disposant est devenu mauvais.

(32) D'ailleurs, sur ce point, il sera inutile de donner une énumération, la liste des valeurs assimilées, pour le remploi, aux immeubles étant largement suffisante.

Bien que leurs cours subissent des variations considérables et qu'en conséquence leurs propriétaires puissent subir de lourdes pertes, il paraît nécessaire d'autoriser l'acquisition d'actions. En effet, si l'on considère par rapport à l'avant-guerre l'indice moyen des actions, on constate qu'il est très nettement supérieur à celui des obligations, toujours par suite des dépréciations monétaires. Mais quelles actions ? Le mieux serait sans doute ici de donner une énumération. A défaut, on pourrait autoriser l'acquisition de toutes actions, tant françaises qu'étrangères, cotées à la Bourse de Paris, au marché officiel à terme. Mais, d'une manière générale, on interdira l'achat des actions de jouissance ou des parts de fondateur : les unes et les autres ne sont que des droits temporaires, elles ne répondent pas au but des substitutions qui est de conserver une valeur, elles doivent donc être proscrites.

Ainsi, par le mécanisme du remploi, des biens pourront se trouver grevés de substitution postérieurement à la donation ou au décès du disposant ; il est de toute nécessité de faire connaître la charge qui les grève. On devra donc indiquer, s'il s'agit d'un immeuble, dans l'acte d'acquisition que le prix en est payé avec des sommes provenant de la vente de biens grevés de substitution et pour tenir lieu de remploi, et s'il s'agit de valeurs mobilières dresser un acte constatant le remploi (33). Celui-ci sera porté à la connaissance des tiers : pour les immeubles par la transcription qui devra être faite de l'acte de vente, pour les créances privilégiées et hy-

(33) Cf. art. 1434, Demolombe, T.22, N° 514 ; Aubry et Rau, T.11, § 696.

pothécaires par l'inscription, et pour les valeurs mobilières par la mention dans l'immatricule du titre de la charge de restitution ; toutefois le grevé pourrait conserver des titres sous la forme au porteur à la condition de les déposer dans une banque avec mention sur le récépissé de dépôt de la charge de restitution.

Si l'aliénation à charge de remploi était irrégulièrement effectuée, en premier lieu le grevé et le tuteur, ensuite les tiers : tiers acquéreur, notaire, agent de change et conservateur des hypothèques, pourraient en être rendus responsables.

L'article 1074 pose le principe général de la responsabilité du grevé en cas « d'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre » et il précise que s'il est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution de ces règles. L'exercice de l'action en responsabilité risque fort de se heurter à son insolvabilité, car, contrairement à ce qui existait dans l'ancien droit, il n'y a sur les biens libres du grevé aucune hypothèque qui garantisse les droits des appelés. Cependant il semble que le disposant ait la faculté, comme condition de sa libéralité, d'en imposer une : il n'y a aucune raison de lui refuser de garantir ainsi l'exécution de la charge.

Nous avons vu que la Jurisprudence exige que toutes les opérations que nécessite une aliénation à charge de remploi soient accomplies avec le concours du tuteur. Celui-ci, qui, aux termes de l'article 1073, est tenu de veiller à l'exécution de la charge, engagera sa responsabilité si le remploi n'est pas effectué comme il aurait dû l'être. Les auteurs estiment généralement que la responsabilité du tu-

teur sera appréciée suivant les règles applicables aux mandataires ordinaires (34). Un arrêt de la cour de Dijon du 26 Mars 1886 (35) a décidé dans le même sens que le tuteur qui a négligé d'assurer le remploi des sommes provenant de la substitution est responsable dans les mêmes termes qu'un mandataire ordinaire, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les règles prescrites l'ont été dans l'intérêt du grevé ou dans celui des appelés (36). Mais dans le silence du code, on ne peut admettre que la créance des appelés soit garantie par une hypothèque légale frappant les biens du tuteur.

Le tiers acquéreur d'un immeuble grevé de substitution ne devra acquitter son prix qu'autant que le grevé et son tuteur justifieront d'un remploi, sinon il risquerait d'être évincé au cas où la substitution viendrait à s'ouvrir. Il agira prudemment en ne versant son prix qu'entre les mains de celui qui a procédé à la vente du bien acquis en remploi, c'est-à-dire entre les mains du vendeur ou du notaire s'il s'agit d'un immeuble, entre celles de l'agent de change s'il s'agit de valeurs mobilières. Ce faisant, il aura vérifié la matérialité du remploi ; pourrait-il cependant encore être inquiété si le remploi n'était pas utile, c'est-à-dire s'il n'était pas conforme aux prescriptions de l'acte, ou encore si les biens acquis ne possédaient pas une valeur équivalente à ceux aliénés ? On ne voit pas pourquoi la jurisprudence déciderait en notre matière autrement qu'en celle du régime dotal. Le tiers acquéreur

(34) Laurent, T. 14, N° 556.

(35) Dijon, 26 Mars 1886, Rép. Dalloz, Supplément, Substitution, N° 296.

(36) Dans cette espèce, la substitution était devenue caduque par suite du décès du grevé sans postérité.

sera donc garant de l'utilité du remploi. Mais l'expérience a montré que si une trop grande responsabilité pèse sur les tiers acquéreurs, elle risque de les détourner de l'opération qu'ils envisageaient et en définitive ce sont ceux qu'on voulait protéger qui en souffriront le plus. Ici encore, et comme la quasi totalité des contrats qui adoptent le régime dotal le stipulent, le disposant devra préciser que le tiers acquéreur sera libéré par le seul paiement du prix entre les mains du notaire ou de l'agent de change suivant qu'il s'agit d'un remploi en immeubles ou privilèges immobiliers — ou d'un remploi en valeurs mobilières (37).

Le notaire pourra voir sa responsabilité engagée soit parce qu'il a procédé à la vente d'un bien substitué sans s'inquiéter de l'obligation de remploi ou parce que les actes qu'il a rédigés n'ont pas permis, par suite d'un vice de rédaction, d'atteindre le remploi qu'on cherchait (38), soit parce que la créance privilégiée dont il a conseillé l'acquisition s'est révélée insuffisamment garantie, soit enfin

(37) Le tiers acquéreur de valeurs mobilières grevées de substitution ne peut, par contre, en aucun cas, être inquiété, puisqu'à la Bourse on ignore toujours le nom de son vendeur. Seul sera responsable l'intermédiaire.

(38) Dans l'affaire soumise au Tribunal de la Seine le 16 Février 1892, dont nous avons parlé plus haut, le Tribunal avait autorisé l'aliénation d'un titre pour que le prix en soit employé à payer avec subrogation, en faveur des substitués, le prix restant dû sur un immeuble acquis par le grevé pour son compte personnel. La substitution aurait donc eu un privilège sur un immeuble libre du grevé. Mais le notaire, dans l'acte de quittance, au lieu, conformément à l'art. 1250, § 1, de faire consentir la subrogation dans son privilège par le vendeur, en avait fait donner mainlevée comme si le grevé avait agi pour son compte personnel. Les appelés étaient ainsi réduits au rôle de créanciers chirographaires par la faute du notaire dont la responsabilité se trouvait engagée.

parce que l'immeuble acquis en remploi n'a qu'une valeur inférieure à celle qui a été portée dans l'acte. Aussi n'est-il pas surprenant que les notaires, devant les multiples actions en responsabilité qui risquent de s'abattre sur eux, soient peu enclins à conseiller l'usage de la substitution. D'autant plus qu'il faut admettre, toujours par analogie avec le régime dotal, que cette responsabilité est d'origine délictuelle et que toute clause d'exonération stipulée dans l'acte de libéralité est frappée de nullité.

Cette dernière remarque s'applique aussi au conservateur des hypothèques qui, radiant une inscription de privilège garantissant le paiement du prix de vente d'un immeuble, ne se serait pas assuré que le remploi a été régulièrement effectué.

Mais parmi les tiers, ceux dont la responsabilité a été le plus fréquemment engagée sont, sans aucun doute, les agents de change.

Ils sont responsables d'abord s'ils procèdent à la vente d'un titre grevé de substitution dans des conditions irrégulières. Il est arrivé quelquefois que des agents de change procèdent à des aliénations sur le seul ordre du grevé, sans le concours du tuteur, ni l'autorisation de justice (39) ; il ne fait aucun doute que dans ce cas leur responsabilité est pleinement engagée. Mais qu'arriverait-il si l'agent de change procédait à une aliénation irrégulièrement autorisée par un tribunal ? L'autorisation donnée par le tribunal en chambre du conseil est un acte de juridiction gracieuse, elle ne possède donc pas l'autorité de la chose jugée et n'est pas opposable à l'agent de change dont la responsabilité peut

(39) Req. 14 Déc. 1898 et Civ. 26 Mars 1900, D. 01.1.488 ; Agen, 25 Mai 1903, précité.

se trouver engagée. Aussi on a parfois vu celui-ci refuser son concours à une aliénation qui, bien qu'autorisée, lui semblait irrégulière. Dans ces conditions le grevé s'est trouvé dans l'obligation de l'assigner et dans une espèce le tribunal de la Seine a refusé une permission que celui d'Ajaccio avait accordée (40).

L'agent de change est encore responsable s'il ne se préoccupe pas du remploi. A cet égard les tribunaux se sont montrés extrêmement sévères : on a vu le tribunal de la Seine (41) déclarer un agent de change responsable du défaut de remploi, alors qu'il n'avait fait que se conformer aux énonciations inexactes d'un certificat de propriété rédigé et signé par le greffier du tribunal ayant autorisé l'aliénation (42).

Quant au fondement de la responsabilité de l'agent de change, on fait une distinction. Il y a d'abord l'article 16 de l'arrêté du 27 Prairial an X qui rend les agents de change responsables pendant 5 ans de la validité des transferts en ce qui concerne l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et des pièces produites. C'est une responsabilité légale, existant de plein droit, sans qu'il soit nécessaire d'établir une négligence. Mais ce n'est pas sur ce fondement que les agents de change ont été con-

(40) Seine, 12 Mai 1898, précité.

(41) Seine, 18 Janvier 1899, précité.

(42) Le tribunal a prétendu qu'il était facile à l'agent de change de se procurer le texte même du jugement qui lui aurait indiqué l'obligation de remploi, alors surtout que la dispense aurait dû lui paraître suspecte, et que, s'agissant d'un jugement rendu hors la présence du tuteur et en la chambre du conseil, il n'était pas opposable aux tiers. On peut cependant s'étonner que la responsabilité du greffier n'ait pas été d'abord retenue.

damnés dans les décisions dont nous avons parlé, mais sur celui de la responsabilité de droit commun, basée sur les articles 1382 et 1383, qui suppose une faute ou une négligence et qui se prescrit par 30 ans.

L'établissement émetteur (société ou collectivité publique) sera aussi responsable du défaut de remploi ; aussi il arrivera souvent que cet établissement soulèvera des difficultés lors du transfert, il le refusera peut-être avant que le tribunal ne l'ait dans un jugement contradictoirement rendu avec le grevé expressément autorisé à y procéder, en stipulant qu'il serait déchargé de toute responsabilité par la seule remise à un agent de change des titres au porteur (43). Le disposant fera bien d'insérer lui-même cette stipulation dans l'acte instituant la substitution, il évitera ainsi des retards et des frais inutiles.

On nous excusera de nous être attardé un peu longuement sur cette question de l'aliénation à charge de remploi, mais elle nous a paru essentielle. Seule elle peut permettre au régime des substitutions de répondre aux besoins actuels et notre conclusion sera que, devant l'incertitude de la Jurisprudence, le disposant devra préciser très minutieusement les formes du remploi et les biens en lesquels il devra être effectué. Ce faisant il aura à la fois évité au grevé de nombreuses difficultés et assuré aux appelés la transmission plus sûre d'une partie de son patrimoine.

(43) Seine, 9 Mars 1899, précité.

SECTION III. — *De l'échange*

Une autre application du principe de la subrogation réelle nous est fournie par l'échange. Alors que dans l'article 1559 le code civil prévoit sous quelles conditions l'immeuble dotal pourra être échangé, pour les substitutions il n'existe aucune disposition.

La jurisprudence, à notre connaissance, n'a été appelée à se prononcer sur une question de cette espèce qu'une seule fois. Un jugement du tribunal de Nevers du 11 Décembre 1929 (44) a refusé au grevé l'autorisation d'échanger qu'il sollicitait, l'échange semblant devoir préjudicier aux intérêts des appelés.

Ici encore le disposant, qui voudrait laisser au grevé la liberté d'échanger, devrait le stipuler expressément.

D'ailleurs, la principale utilité de l'échange consiste dans le remembrement de la propriété rurale. Or, sur ce point, la loi du 27 Novembre 1918 (45), complétant celle du 3 Novembre 1884, a décidé que « les privilèges, hypothèques et tous autres droits réels grevant les immeubles cédés en échange seront transportés de plein droit avec les mêmes modalités sur les immeubles reçus en leur place ». L'expression « tous autres droits réels » comprend certainement la charge de conserver et de rendre qui grève les biens substitués ; elle sera donc reportée sur ceux qui les auront remplacés.

(44) Nevers, 11 Décembre 1929, G.P. 1930.1.315, J.Not. 1930, Art. 36194.

(45) Loi du 27 Novembre 1918, art. 6 et 8.

La loi ajoute qu'en cas d'opposition du titulaire de ces droits, l'acte d'échange sera soumis avant sa transcription à l'homologation du tribunal. Le consentement du tuteur sera nécessaire — il représente les appelés, donc les titulaires des droits — mais il nous semble suffisant. L'homologation du tribunal ne devra intervenir que si le tuteur s'oppose à l'acte que le grevé envisage.

SECTION IV. — *De l'indemnité subrogée aux biens substitués*

On verra plus loin que la jurisprudence reconnaît au tuteur, et même à l'appelé, au cas où le grevé par une exploitation abusive aurait porté atteinte à l'intégrité matérielle du bien substitué, le droit de le faire condamner immédiatement au paiement d'une indemnité compensatrice de la diminution de la valeur vénale (46). Cette indemnité sera déterminée par une expertise ordonnée par le tribunal, elle viendra dans le patrimoine substitué compenser la dépréciation subie. Il devra donc en être fait emploi conformément aux dispositions de l'article 1067. Il en sera de même de l'indemnité due par une compagnie d'assurances à la suite d'un sinistre (47) ou de celle due par l'administration à la suite d'une expropriation pour cause d'utilité publique.

(46) Bouzat, p. 88 ; Civ. 28 Février 1923, S. 25.1.273, D. 25.1.189, G.P. 23.1.599, J.Not. art. 33.765

(47) La prime d'assurance doit être payée par le grevé seul, sans aucun recours contre les appelés à l'ouverture de la substitution : en effet, l'assurance est nécessaire pour l'exécution de la charge de conserver et de rendre.

Ainsi déterminé par le disposant lui-même ou par un partage effectué après son décès, le patrimoine grevé de substitution, bien que variable et changeant dans ses éléments, demeurera toujours affecté de la charge de conserver et de rendre en vue de laquelle il a été créé.

TITRE SECOND

DE LA CONDITION DES BIENS GREVÉS AVANT L'OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION

CHAPITRE PREMIER

LES DROITS DU GREVÉ

Les articles 1048 et 1049 portent que le grevé aura « la charge de rendre » les biens aux appelés, mais l'article 896, relatif aux substitutions prohibées, déclare nulle toute disposition à charge « de conserver et de rendre à un tiers ». Cette dernière formule nous semble plus exacte ; elle détermine mieux la nature de la charge qui pèse sur le grevé.

Doctrines et jurisprudence admettent, d'autre part, sans difficulté, nous le verrons plus loin, que le grevé est propriétaire des biens substitués.

On pourra définir le grevé : un propriétaire à charge de conserver et de rendre, et cette définition fixera la limite de ses droits. Il pourra faire tous les actes qui ne compromettent pas l'exécution de la charge à laquelle il est tenu. Nous essaierons de déterminer dans quelle mesure elle limite son droit de disposer et même d'administrer les biens, ainsi que les restrictions qu'elle apporte aux droits de saisie de ses créanciers et à la prescription que des tiers pourraient invoquer.

SECTION I. — *Des actes de disposition*

La charge de conserver et de rendre s'oppose immédiatement à tout acte qui serait de nature à altérer la substance des biens, c'est-à-dire à tout acte de dégradation matérielle. Elle rend en outre inopposable aux appelés toute aliénation ou transmission de droits réels.

A. — Actes de dégradation matérielle

« La charge de conserver se traduisant par une sorte d'immobilisation immédiate et sans condition des biens substitués entre les mains du grevé, elle porte en elle la puissance d'interdire une exploitation destructive de ces biens, elle s'oppose à chaque instant à tout ce qui peut compromettre la transmission future, à tout ce qui peut infirmer la volonté du disposant telle que la loi l'a précisée et sanctionnée » (1).

Si le mode d'exploitation des biens entraîne leur dégradation, le tuteur qui doit « faire toutes diligences pour que la charge de rendre soit bien et fidèlement acquittée » a l'obligation, sous peine d'engager sa responsabilité, de prendre immédiatement toutes mesures utiles pour arrêter ce qui peut compromettre l'intégrité des biens substitués, et au besoin de saisir le tribunal qui condamnera le grevé à la réparation immédiate en nature du préjudice causé, s'il est possible, et à défaut au paiement d'une indemnité compensatrice de la diminution de valeur vé-

(1) Note de M. Vialleton, sous Civ. 28 Fév. 1923, S. 25. 1.173.

nale du bien. De cette indemnité, il sera fait emploi dans les trois mois, conformément à l'art. 1066.

Il faut reconnaître à l'appelé le même droit qu'au tuteur ; bénéficiaire de la charge, celui-ci a le droit d'agir pour qu'elle soit respectée. Mais ni le tuteur, ni les appelés, nous le verrons plus loin, ne pourraient requérir la déchéance du grevé.

La jurisprudence n'a eu l'occasion de se prononcer sur cette question qu'à une époque récente. Le grevé, dans le litige qui lui avait été soumis, au lieu de continuer l'exploitation agricole de la testatrice, avait loué le domaine et autorisé le preneur à exploiter des carrières de plâtre. L'appelé de son côté avait cédé ses droits à un tiers (2). Celui-ci assigna le preneur pour voir dire que l'exploitation des carrières cesserait. Sa demande fut accueillie par le tribunal de Cognac le 4 Mars 1919 et le jugement confirmé par la cour de Bordeaux le 7 Juillet suivant (3). La chambre civile rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Bordeaux le 28 Février 1923 (4) en ces termes : « Attendu que si le grevé

(2) Dans ce litige, l'action était donc non pas exercée par le tuteur, mais par le cessionnaire de l'appelé. La jurisprudence avait donc reconnu à ce dernier un droit d'intervention qu'elle lui refuse en beaucoup de cas notamment en matière de partage. On pourrait s'étonner, en outre, que le grevé et son ayant-cause n'aient pas contesté la validité de la cession de ses droits faite par l'appelé. Ils l'avaient fait : l'arrêt d'appel fait allusion à un jugement du tribunal de Cognac, passé en force de chose jugée, et reconnaissant valable l'aliénation litigieuse.

(3) Voir l'arrêt de Bordeaux, sous Civ. 28 Février 1923. S. 25.1.173.

(4) Civ. 28 Fév. 1923, S. 25.1.173, Note Vialleton, D. 25.1.189, Note Plassard, J.Not., art. 33765, G.P. 23.1.599. Voir aussi les commentaires sur cet arrêt dans Rev. Crit. 1925, p. 17 (Revue de jurisprudence par M.R. Morel) et dans Rev. trim. 1923, p. 803 (Rev. de Jurisprudence, par M. Savatier).

doit être considéré comme propriétaire des biens substitués, jusqu'à l'ouverture de la substitution, s'il a un droit de jouissance plus étendu que celui de l'usufruitier, il est néanmoins tenu de conserver et de rendre les biens ; qu'il porte atteinte aux droits des appelés, lorsque, comme dans l'espèce, il concède l'exploitation de carrières dans des conditions qui constituent un véritable abus de jouissance. »

La charge de conserver s'oppose donc *immédiatement* à tout acte de nature à altérer la substance des biens. Comme le remarque M. Morel (5) « Il apparaît singulier au premier abord que l'appelé, qui ne peut critiquer pendant la vie du grevé aucun acte d'aliénation consenti par celui-ci sur les biens substitués, soit admis à s'opposer à un simple acte de jouissance. Mais cette différence se justifie en ce que l'appelé n'est pas lésé par un simple acte d'aliénation qu'il pourra faire tomber par la suite, tandis qu'il a un intérêt immédiat à faire cesser les conséquences d'un acte de jouissance susceptible de compromettre dès maintenant l'exécution de l'obligation de rendre qui incombe au grevé ».

On peut donc admettre que dans l'arrêt précité, en prescrivant des mesures de conservation immédiate, comblant une lacune de la loi, la jurisprudence a fait produire à la « charge » dont parlent les articles 1048 et suivants les conséquences que son exécution entière exigeait.

B. — Transmissions de droits réels

On a vu plus haut, lorsque l'aliénation à charge de remploi est possible, que le bien grevé de substi-

(5) R. Morel, *Rev.Crit.*, précité.

tution se trouve définitivement libéré de la charge qui pesait sur lui et que celle-ci se trouve reportée sur un autre bien. Qu'arriverait-il si, sans observer aucune formalité, et sans qu'aucune autorisation lui ait été donnée, le grevé procédait à la vente d'un bien substitué ? Certains arrêts anciens ont admis « que les biens légués sous charge de restitution ne peuvent être aliénés par le grevé, ni saisis par ses créanciers » (6). Tout acte de disposition serait immédiatement frappé d'une nullité de plein droit. Cette thèse n'est plus aujourd'hui admise par personne. La Jurisprudence décide que le grevé peut aliéner les biens substitués, constituer sur eux toute espèce de droits, sans que ni le tuteur, ni les appelés, puissent formuler une critique avant l'ouverture de la substitution (7). La Doctrine est dans le même sens (8). Il n'est pas en effet indispensable, pour que la charge de conserver et de rendre soit respectée, que les biens soient absolument indisponibles, ils entreront dans le patrimoine du tiers acquérir grevés de la charge et les appelés pourront les reprendre lors de l'ouverture de la substitution.

Il est évident qu'un bien vendu dans de pareilles conditions trouvera assez difficilement acquéreur ; aussi certains auteurs ont pu dire que si la substitution n'entraînait pas une indisponibilité de droit il en résultait une « indisponibilité de fait ».

(6) Paris, 12 Janvier 1847, D. 47.2.61, J. Not., art. 12956. Dans le même sens, Bordeaux, 21 Juillet 1830, J. Not., 1831, art. 7441.

(7) Req. 5 Mai 1830, Rép. Dalloz, v° Substitution 394 1°. S. 1830.1.513, J. Not. 1830, art. 7228 ; Civ. 20 Janv. 1840, Rép. Dalloz, v° Substitution, 394, 2° ; Paris, 25 Juillet 1850, D. 51.2.170, S. 50.2.459.

(8) Demolombe, T. 22, N° 551 ; Laurent, T. 14, N° 563 ; Planiol, T. 3, N° 3317 ; Aubry et Rau, T. 11, § 696.

Il ne faudrait cependant pas croire que de telles opérations soient absolument inconnues de la pratique. La cour de Cassation se refuse même à y voir des contrats aléatoires, puisqu'elle reconnaît au grevé la possibilité d'intenter l'action en rescision pour lésion. Aussi dans un arrêt tout récent, la chambre des Requêtes a décidé que « les articles 1674 et 1675 du code civil... n'ont fait aucune exception pour les ventes d'immeubles grevés de substitution, lesquelles demeurent soumises à cette cause de rescision dès lors que la lésion prévue par la loi peut être établie avec certitude » (9). Les experts devront seulement tenir compte des causes de dépréciation des immeubles et notamment de la charge de substitution.

Mais si les aliénations et constitutions de droits réels doivent en principe cesser de produire effet à l'ouverture de la substitution, il y a cependant un certain nombre de cas où elles demeureront opposables aux appelés. Ces cas exceptionnels résultent soit directement de la loi, soit de la jurisprudence qui l'a interprété largement, soit enfin de la volonté du disposant.

Dans l'intérêt des tiers, pour lesquels la substitution présenterait le plus grand danger, le code, dans les articles 1069 et suivants, organise un système de publicité par voie de transcription ou d'inscription. Ce faisant, il n'a fait que confirmer l'Ordonnance de 1747 qui prescrivait déjà l'enregistrement au greffe du baillage et la publication des libéralités contenant substitution. La transcription concernera soit les immeubles provenant directement de la succession, soit ceux qui ont été acquis

(9) Req. 29 Décembre 1936, D. Heb. 37, P. 81.

en remploi. Pour les créances privilégiées ou hypothécaires, la charge de substitution sera mentionnée dans l'inscription. A défaut, les droits des appelés ne seraient pas opposables aux tiers ayants cause du grevé quand bien même, dit l'article 1071, ils auraient connaissance de la substitution par d'autres voies.

Cette question de la publicité présente deux problèmes assez délicats à résoudre : d'abord celui du délai dans lequel elle doit être faite, ensuite celui de la détermination des tiers qui peuvent en invoquer le défaut.

L'article 28 du titre II de l'ordonnance de 1747 portait : « Lorsque la substitution aura été dûment publiée et enregistrée dans un délai de 6 mois, elle aura effet même contre les créanciers et les tiers acquéreurs à compter du jour de sa date, si elle est portée par un acte entre vifs, ou du jour du décès de celui qui l'aura faite, si elle est contenue dans une disposition à cause de mort ». Cet article n'ayant pas été reproduit par le code civil, il est arrivé que des créanciers du grevé, en vertu d'obligations consenties avant le décès du disposant et conférant une hypothèque sur les biens présents et à venir du débiteur, se sont empressés, dès ce décès survenu, de faire inscrire leur hypothèque sur tous les biens avant qu'il ait été possible matériellement d'effectuer la publicité prévue par la loi.

La plupart des auteurs ont pensé que les dispositions de l'ordonnance de 1747 devaient être considérées comme abrogées (10). Seuls deux auteurs contemporains du Code Civil, de Malleville et de

(10) En ce sens, Troplong, T. 4, N° 2284 ; Demolombe, T. 22, N° 531 ; Flandin, De la transcription en matière hypothécaire, T. 1, N° 757.

Laporte, ont admis qu'elles devaient être considérées comme maintenues (11). C'est cependant à l'avis de ces derniers que la cour d'Amiens semble s'être rangée (12) quand elle a décidé que la substitution dûment transcrite remontait quant à ses effets au jour de l'ouverture de la succession, et que par suite elle était opposable aux créanciers hypothécaires du grevé, même inscrits antérieurement à la transcription, alors surtout que cette transcription avait été opérée dans le délai d'un mois prévu pour la nomination du tuteur.

Il semble bien en effet qu'il soit nécessaire de donner un effet rétroactif à la transcription, sinon l'effet des substitutions risquerait fort d'être réduit à néant par les inscriptions prises par les créanciers prévoyants qui se seraient fait consentir une hypothèque sur les biens à venir, par les créanciers à hypothèque judiciaire, par ceux à hypothèque légale dispensée ou non d'inscription, enfin par tous les tiers avec qui le grevé prodigue se hâterait de traiter.

En faveur de cette thèse, on peut invoquer d'abord l'intention du législateur qui, par les mesures de publicité qu'il a prévues, a voulu protéger ceux qui — sans une hâte fort suspecte — traiteraient avec le grevé postérieurement à l'ouverture de son droit, mais non favoriser les créanciers antérieurs du grevé qui n'ont jamais été en droit de compter sur la quotité disponible.

On peut encore invoquer un argument de texte,

(11) De Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil*, T. 2, sur l'article 1069 ; de Laporte, *Pandectes françaises*, sur l'article 1069.

(12) Amiens, 26 Juin 1913, D. 15.2.22, et Rép. Not., 1914, art. 18365.

l'article 1054 qui restreint singulièrement les droits d'hypothèque légale de la femme du grevé, elle aussi créancière antérieure à la substitution, et on peut se demander s'il ne serait pas pour le moins singulier de permettre à d'autres créanciers du grevé, vus avec moins de faveur par le législateur, de prendre si facilement une place qui lui est refusée.

Il faut donc admettre que la transcription doit avoir un effet rétroactif, mais il reste à préciser le délai dans lequel elle devra être effectuée. La cour d'Amiens a semblé adopter un délai de 6 mois à compter de la clôture de l'inventaire — délai qui est accordé par l'article 1065 pour l'emploi des deniers — prétendant que ces dispositions resteraient lettre morte si pendant ce laps de temps les créanciers du grevé pouvaient exercer des poursuites et se faire payer sur les sommes touchées par leur débiteur. Ce délai nous paraît excessif ; car si on peut admettre que pendant cette période de 6 mois les poursuites peuvent être suspendues, rien n'empêche d'effectuer plus tôt la publicité.

Il est par contre certain que le délai doit être supérieur à un mois puisque si l'article 1069 rend le tuteur responsable du défaut de publicité (13), l'article 1056 donne un délai d'un mois pour sa nomination. Comme on ne peut exiger qu'il accomplisse les formalités avant d'avoir pris connaissance des biens composant la succession, dans le silence des textes, la solution la plus raisonnable semble être d'admettre ici le même délai de 3 mois et 40 jours prévu pour l'inventaire.

Mais à supposer que la publicité n'ait pas été

(13) Seine, 29 Avril 1881, Rep. Not., 1881, art. 214.

effectuée dans ce délai, les articles 1070 et 1072 du code civil vont nous permettre de déterminer les tiers qui pourront en invoquer le défaut.

On n'entrera pas ici dans les nombreuses discussions qui ont divisé les auteurs quant à la détermination des ayants cause du disposant qui peuvent invoquer le défaut de transcription. L'article 1072, reproduction de l'article 34 de l'ordonnance de 1747, prête à controverse (14) ; il ne nous intéresse pas directement puisque nous étudions seulement les cas où l'aliénation faite par le grevé peut être maintenue. On essaiera donc seulement de déterminer les ayants cause de ce dernier qui peuvent invoquer le défaut de publicité. Parmi ceux-ci, il faut citer d'abord les créanciers (article 1070), la loi ne distinguant pas, la plupart des auteurs en concluent que tous les créanciers, chirographaires comme privilégiés et hypothécaires, ont le même droit. L'article 1070 ajoute aux créanciers les tiers acquéreurs ; cette expression, dans son acception ordinaire, ne vise que les acquéreurs à titre onéreux, c'est dans ce sens qu'on doit l'entendre ici, d'ailleurs elle est prise comme terme générique désignant aussi bien ceux auxquels le grevé a transmis la propriété que ceux auxquels il a conféré des droits réels : usufruit, servitudes (15). Les mêmes principes s'appliquent au défaut de mention dans l'inscription hypothécaire.

Montrant toute l'importance qu'il attache à ces questions de publicité, le législateur n'a pas voulu que l'intérêt des appelés, si respectable soit-il, puisse

(14) L'intérêt pratique de cette discussion semble d'ailleurs à peu près nul, la jurisprudence n'a jamais été appelée à statuer sur une question de cette espèce.

(15) Baudry Lacantinerie et Colin, T. 2, N° 3327 et s.

primer celui des tiers : aussi résulte-t-il de l'article 1070 *in fine* que les appelés ne peuvent en cas de défaut de publicité qu'exercer un recours contre le grevé et le tuteur ; ils ne pourraient, même mineurs ou interdits, « être restitués contre le défaut de transcription quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables ».

Les rédacteurs du Code Civil ne se sont pas préoccupés bien entendu du régime de publicité pour les valeurs mobilières, mais il ne fait aucun doute que si la mention de la charge n'avait pas été portée dans l'immatricule du titre, l'agent de change ne pourrait en aucun cas être inquiété. L'alinéation resterait aussi définitive, quand bien même l'immatricule du titre aurait fait mention de la charge, si l'agent de change n'en avait pas tenu compte et avait procédé à la vente. L'acquéreur qui ne connaît que son intermédiaire ne pourrait être inquiété par une action en revendication. Seule subsisterait la responsabilité de l'agent de change ou celle de l'établissement débiteur qui, pour réparer le préjudice causé, seraient condamnés à racheter en bourse des titres de même nature que ceux aliénés à tort.

La Jurisprudence, bien qu'en notre matière, nous l'avons dit, le travail de construction qu'elle a édifié soit extrêmement restreint, semble admettre qu'elle peut autoriser une aliénation de l'immeuble grevé, opposable aux appelés *sans condition de remploi*, en cas de nécessité absolue. En matière de régime dotal, elle s'était prononcée dans le même sens, puis peu à peu elle a évolué et elle semble se contenter aujourd'hui d'un avantage évident (16). La

(16) Rev. Trim., 1930, p. 428, Revue de jurisprudence par M. Savatier.

même évolution ne s'est pas encore manifestée ici. Un arrêt de la cour de Poitiers du 22 Mai 1883 a décidé que le grevé ne peut être autorisé à aliéner irrévocablement les biens substitués qu'en cas de nécessité absolue (17).

L'aliénation sera possible d'abord pour l'acquittement des dettes et charges de la succession. En effet, le disposant n'a pu soustraire ses biens au droit de gage de ses créanciers en instituant une substitution. *Nemo liberalis nisi liberatus*. Les créanciers conservent le droit de saisir (18), il ne fait aucun doute qu'on doive étendre ici la jurisprudence, décidant en matière de régime dotal que l'aliénation doit être autorisée chaque fois qu'il s'agit de payer un créancier qui peut saisir les biens. Elle sera aussi autorisée pour l'acquittement des charges de la succession, c'est-à-dire des frais funéraires, des frais de scellés et d'inventaire, des droits de mutation afférents aux biens substitués et surtout de la totalité des legs ; en effet, si le grevé est héritier réservataire, le paiement des legs particuliers ne peut être effectué que sur la quotité disponible, et si celle-ci a été entièrement grevée, la substitution se trouvera réduite d'autant (19).

Les auteurs admettent aussi (20), par analogie avec l'article 1558 en matière de biens dotaux, que

(17) Poitiers, 22 Mai 1883, D. 84.2.40. En l'espèce, il ne faisait aucun doute que l'aliénation ne devait pas être autorisée, car elle aurait eu pour but l'acquittement des dettes personnelles du grevé. Dans le même sens, Nevers, 11 Décembre 1929, précité.

(18) Colin et Capitant, T. 3, N° 1269.

(19) Paris, 30 Janvier 1838, Rép. Dalloz, v° Substitution, N° 332.

(20) Coin Delisle, sur les art. 1048 à 1051, N° 32 ; Demolombe, T. 22, N° 561 ; Marcadé, T. 4, N° 222 ; Colin et Capitant, T. 3, N° 1267.

l'immeuble substitué pourrait être aliéné avec autorisation de justice s'il menaçait ruine et que les revenus fussent insuffisants pour effectuer les réparations ou encore hypothéqué en garantie d'un emprunt destiné à des travaux reconnus indispensables. Nous nous rangeons à cette opinion et nous admettons avec M. Savatier (21) « que toutes les fois qu'on se trouve en présence d'une inaliénabilité, il faut reconnaître qu'elle peut dans certains cas devenir assez contraire aux nécessités pratiques et à l'intérêt même de la personne qu'elle protège pour obliger à trouver absolument un moyen de l'écartier ».

Ainsi la Jurisprudence a assoupli la protection légale et la Doctrine essaye de lui tracer la voie qu'elle doit suivre. Des quelques décisions que nous avons citées on peut, semble-t-il, déduire que l'aliénation ou la constitution de droits réels sont autorisés sans aucune condition de remploi en cas de « *nécessité absolue* ». La jurisprudence permet aussi, nous l'avons dit plus haut et nous n'y reviendrons pas ici, l'aliénation à charge de remploi quand elle croit pouvoir interpréter en ce sens la volonté du disposant : ici elle semble moins exigeante ; il suffit que l'opération envisagée présente un *intérêt évident* pour les appelés.

L'hypothèque légale de la femme du grevé frappe les biens substitués comme tout autre hypothèque générale, mais, à l'ouverture de la substitution, elle ne sera opposable aux appelés que si le disposant en a exprimé la volonté formelle (article

(21) Savatier, Rev. Trim., 1930, p. 428.

1054) (22). Il ne faut pas de doute sur son intention. Ainsi Demolombe décide (23) que cette intention ne pourrait s'induire de la circonstance que la disposition avec charge de rendre a été faite par le même contrat de mariage d'où résultent la dot et l'hypothèque légale de la femme, à la différence de la solution donnée par l'article 952 relativement au droit de retour qui ne peut être étendue ici par analogie.

Les termes employés par l'article 1054 limitent d'ailleurs d'une façon très étroite la portée de cette hypothèque légale, et comme ce texte possède un caractère exceptionnel on est généralement d'accord pour l'interpréter d'une façon restrictive.

D'abord cette hypothèque n'a qu'un caractère subsidiaire, elle ne peut être exercée qu'« en cas d'insuffisance des biens libres ». Ensuite elle ne garantit que « le capital des deniers dotaux », c'est-à-dire seulement la dot constituée en argent ou en valeurs fongibles susceptibles d'être converties immédiatement en espèces, mais non les avantages matrimoniaux, ni les indemnités dues à la femme pour le prix des ses propres aliénés ou pour les obligations qu'elle aurait pu contracter avec son mari (24). Il ne faut pas cependant entendre l'expression « deniers dotaux » dans son sens étroit, il ne s'agit pas seulement du régime dotal, mais de tout autre régime dans lequel le mari est chargé de la dot.

En présence des termes de l'article 1054, nous

(22) Bien que l'article 1054 ne parle que du testateur, les auteurs sont unanimes à reconnaître le même droit au donateur.

(23) Demolombe, T. 22, N° 583.

(24) Demolombe, T. 22, N° 588 ; Colin et Capitant, T. 3, N° 1267.

pensons avec la grande majorité des auteurs que le disposant ne pourrait stipuler que l'hypothèque légale garantirait d'autres créances que celles du capital des deniers dotaux, mais nous regrettons qu'il en soit ainsi, car on peut penser que la réglementation des substitutions devrait être telle qu'il soit toujours permis au disposant de la rendre moins rigide.

L'aliénation de l'immeuble ou la constitution de droits réels sont encore possibles quand le disposant l'a expressément autorisée dans telle ou telle circonstance déterminée. En dehors de l'aliénation à charge de remploi sur laquelle nous ne reviendrons pas, il pourra s'agir de l'établissement des appelés. Sans doute le grevé pourrait faire abandon anticipé aux appelés et dans ce cas il serait inutile que le disposant insérât dans la libéralité une clause spéciale. Mais cet abandon anticipé ne correspondra pas toujours aux besoins pratiques. Il concerne en effet tous les appelés et le grevé peut ne désirer faire abandon qu'à celui de ses enfants qui va s'établir. On doit aussi admettre que cet abandon ne peut préjudicier aux droits des appelés à naître : l'appelé mis en possession, s'il désire vendre les biens, ne trouvera que difficilement acquéreur, car celui-ci craindra d'être inquiété par la naissance de nouveaux appelés. Il nous paraît donc absolument nécessaire, aucun texte semblable aux articles 1555 et 1556 relatifs aux biens dotaux n'existant ici, que le disposant déclare que les biens substitués pourront être aliénés ou hypothéqués sans aucune formalité de justice, pour l'établissement des appelés. Une telle clause ne détourne pas la substitution de son seul but : l'intérêt de la famille.

Mais il est absolument indispensable que les cas où l'aliénation sera permise sans aucune obliga-

tion de remploi soient très nettement précisés. Si non l'arbitraire des juges du fait risquera de porter atteinte aux légitimes intérêts des appelés. Ainsi, dans une affaire récente, où le testateur avait stipulé la possibilité d'une aliénation sans formalité de justice avec le seul concours du tuteur et prescrit les liens en lesquels le remploi pourrait être effectué, le tribunal de Saint-Nazaire a pu décider, probablement en présence d'une mauvaise rédaction, que l'obligation du remploi n'était pas une condition à laquelle était soumise la faculté d'aliéner et que celle-ci entraînerait celle d'hypothéquer (25). En ce qui concerne cette dernière proposition, doctrine et jurisprudence sont d'accord, en matière de biens dotaux, quand, conformément à l'article 1557, le contrat de mariage permet l'aliénation, pour décider que la faculté d'aliéner ne comporte nullement celle d'hypothéquer (26). Pour les biens substitués, une protection identique s'impose.

On peut même aller plus loin et admettre que toute clause permettant l'aliénation sans condition et l'hypothèque sans préciser les cas où dans l'intérêt de la famille elles seraient possibles, devrait être annulée comme contraire à l'ordre public (27) puisque le résultat en serait d'anéantir la charge de conserver, trait essentiel de la substitution. Pour les biens dotaux, même si l'aliénation et la constitution

(25) Saint-Nazaire, 27 Décembre 1936, G.P. 36, I. 1476.

(26) Aubry et Rau, T. 8, § 537, Note 59 ; Baudry Lacaninerie, Courtois et Surville, C. de Mar., T. 3, N° 1743 ; Cass., 22 Juin 1836, S. 1836.1.433 ; Cass., 16 Août 1837, S. 37.1.800 ; Cass. Ch. Réun., 29 Mai 1839, S. 39.1.449 ; Cass., 14 Fév. 1843, S. 43.1.193.

(27) Comment admettre que l'art. 1054 limite si étroitement l'hypothèque légale de la femme du grevé et penser que celle d'un tiers puisse s'exercer sans restriction.

de droits réels sont permises par le contrat de mariage, il reste au moins la créance de reprises garantie par une hypothèque légale à laquelle la femme ne peut renoncer; ici, au contraire, il n'y aurait plus aucun recours; la charge de conserver disparue, il resterait seulement celle de rendre ce qui pourrait rester des biens. Mais alors, il n'y aurait plus substitution, on se trouverait en présence de ce qu'on appelle un legs de *residuo* ou *quod supererit*.

L'article 1063 va nous fournir un dernier cas où une aliénation faite par le grevé sera opposable aux appelés. Il stipule que « les meubles meublants et autres choses mobilières qui auraient été compris dans la disposition à la condition expresse de les conserver en nature seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution ».

Certes, le grevé devra lors de l'ouverture de la substitution rendre les meubles et indemniser les appelés des détériorations autres que celles qui proviendraient de l'usage normal des objets. S'ils avaient été perdus ou égarés, il en devrait le prix d'après l'estimation de l'inventaire. Mais si l'obligation qui lui incombe se heurte à son insolvabilité, les appelés ne pourront en aucun cas inquiéter les tiers acquéreurs de meubles corporels (auxquels il faut évidemment assimiler les titres au porteur), si toutefois ces tiers acquéreurs remplissent les conditions exigées par l'article 2279. Ici, contrairement aux cas que nous avons étudiés précédemment, la charge de conserver et de rendre n'a point disparu, mais l'action des appelés se trouve paralysée par l'absence de droit de suite en matière mobilière.

En dehors de ces exceptions, les aliénations quelles qu'elles soient seront inopposables aux ap-

appelés, mais elles ne seront pas immédiatement nulles et personne même ne pourra les attaquer si la substitution ne s'ouvre pas. La Doctrine et la Jurisprudence, après quelques hésitations, ont rejeté. nous l'avons vu plus haut, l'inaliénabilité des biens substitués. Il est cependant bien évident que de tels effets ne correspondent généralement pas aux désirs du disposant qui le plus souvent ne voulait pas seulement transmettre aux appelés une partie de son patrimoine, mais encore protéger le grevé contre sa propre prodigalité. Aussi l'habitude s'est-elle introduite dans la pratique notariale d'utiliser des formules qui puissent donner satisfaction aux désirs du disposant. S'il s'agit d'une substitution par testament, le testateur léguera à son enfant la nue propriété de la quotité disponible à charge de la rendre aux appelés nés et à naître, et il lui léguera ensuite l'usufruit de la même quotité à titre alimentaire incessible et insaisissable. Ainsi la nue propriété reste encore théoriquement alinéable, en fait elle ne l'est plus. En effet, si en l'absence de cette clause une vente de bien substitué peut équivaloir à celle d'un usufruit avec l'espérance d'y réunir un jour la nue propriété, s'il ne reste que cette espérance, sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, aucun acquéreur ne se présentera. Mais une telle clause peut-elle être considérée comme licite ? On ne saurait l'affirmer d'une façon absolue. La validité de la clause d'inaliénabilité, portant sur un usufruit, stipulée pour toute la vie du légataire et dans son seul intérêt, ayant été tranchée à quelques jours d'intervalle en sens différent par deux chambres de la cour de Paris (28), la cour de cassation a

(28) Paris, 5 Novembre 1901, D. 02.2.89 ; S. 04.2.202, et 30 Décembre 1901, S. 04.2.201.

dû se prononcer sur cette question, elle a décidé qu'il importait peu que la libéralité consistât en un usufruit et non en une pleine propriété, qu'étant absolue (29) la clause devait être considérée comme contraire à la libre circulation des biens et à l'ordre public (30). Depuis, aucun arrêt de la cour de cassation n'est intervenu à ce sujet, mais les juridictions inférieures ne semblent pas avoir suivi la cour suprême (31). Le 30 Juillet 1912, le tribunal de la Seine étant appelé à se prononcer sur la clause même d'usufruit légué à titre alimentaire incessible et insaisissable adjointe à une substitution l'a déclarée licite (32) puisqu'à la mort de l'usufruitier, dit le tribunal, l'usufruit s'adjoindra à la nue propriété et que le tout rentrera dans le commerce. On

(29) La jurisprudence considère généralement comme absolues les clauses devant produire effet pendant toute la vie du gratifié.

(30) Cass., 16 Mars 1903, D. 05.1.126, S. 05.1.513.

(31) Rouen, 15 Mars 1905, S. 05.2.299 ; Limoges, 22 Février 1906, S. 06.2.282.

(32) Seine, 30 Juillet 1912, G.T., 16 Novembre 1912 : « Attendu, dit le Tribunal, que les circonstances de la cause font nettement apparaître qu'en prenant ses dispositions testamentaires, la dame F. a voulu protéger son fils contre sa faiblesse et assurer ses moyens d'existence, que le legs de la somme de 150.000 francs en usufruit, avec une clause d'incessibilité et d'insaisissabilité, était une mesure sage et dont le caractère alimentaire n'est pas douteux, que cette disposition n'a pas eu pour résultat de frapper l'usufruit dont s'agit d'une indisponibilité absolue et perpétuelle, qu'au décès de F. (le grevé) l'usufruit s'adjoindra à la nue propriété et que le tout rentrera dans le commerce, que, dans l'espèce, l'indisponibilité temporaire de cet usufruit, établie dans un but alimentaire, ne constitue pas une disposition contraire à l'ordre public. » D'ailleurs, l'art. 581 du code de Procédure déclare les pensions alimentaires insaisissables et l'art. 1004 interdit de les compromettre. Les cours d'appel ont souvent étendu ces dispositions à l'incessibilité, mais l'arrêt de cassation du 16 Mars 1903 s'y est refusé, voyant là des textes exceptionnels.

veut espérer que le jour où la cour de cassation sera appelée à se prononcer sur cette question, elle la résoudra dans le même sens.

On pourrait même, pensons-nous, aller plus loin et frapper d'inaliénabilité la propriété elle-même. D'abord, si la substitution a été réalisée dans une donation entre vifs, il ne fait aucun doute que le donateur pourrait stipuler l'inaliénabilité pendant sa vie, c'est même dans cette hypothèse que la jurisprudence a pour la première fois validé la clause d'inaliénabilité, elle ne s'est jamais démentie depuis (33). Une telle clause n'est souvent d'ailleurs qu'un accessoire du droit de retour, elle évite à l'ascendant donateur, non seulement la peine de voir son bien aliéné de son vivant, mais surtout, s'il vient à exercer le droit de retour, de se trouver en présence de tiers étrangers qui lui créeront des difficultés. Indirectement elle protégera le grevé. Cette clause est aujourd'hui devenue de style, la presque totalité des donations la contiennent.

Mais elle n'a de durée que jusqu'au décès du donateur. Dans quelle mesure peut-on adjoindre à la substitution une clause d'inaliénabilité pour la période postérieure à la mort du disposant, que la libéralité soit réalisée par donation entre vifs ou par testament ? Il est certain que l'inaliénabilité absolue adjointe à la substitution serait considérée comme illicite. Par contre, il semble que le disposant puisse stipuler une inaliénabilité totale jusqu'à ce que le grevé ait atteint l'âge de 30 ans, ce qui sera dans la plupart des cas suffisant (34). L'expérien-

(33) Angers, 29 Juin 1842, D. 42.2.18, S. 42.2.400.

(34) Sur l'inaliénabilité jusqu'à ce que le légataire ait atteint 30 ans ou contracté un mariage approuvé par ses grands-parents, Paris, 16 Janvier 1923, D. 23.1.177.

ce montre que ce sont dans les premières années qui suivent immédiatement la majorité que les dilapidations se produisent le plus généralement. Cette protection sera d'ailleurs très efficace. Contrairement à l'avis de certains auteurs comme Demolombe qui voulaient appliquer ici la maxime « qui doit la garantie ne peut évincer », la jurisprudence reconnaît aujourd'hui au gratifié, dans l'intérêt duquel l'inaliénabilité a été stipulée, le droit d'intenter lui-même l'action en nullité. Le grevé qui regretterait son acte pourrait donc le faire disparaître. Cette solution, bien que d'abord un peu choquante, semble néanmoins exacte : la jurisprudence tend à considérer que les clauses d'inaliénabilité établissent une indisponibilité réelle, et l'objection des auteurs comme Demolombe semble inopérante. Pour que l'obligation de garantie puisse prendre naissance, il faut un acte valable, or ici il est immédiatement frappé de nullité. Nous pensons même que le tuteur qui ne représente pas seulement les appelés, mais qui a pour mission générale de défendre l'intérêt de la famille, pourrait, devant la carence du grevé, se substituer à lui et exercer l'action en nullité, qui fera rentrer le bien dans le patrimoine du grevé d'où il n'aurait jamais dû sortir.

Dans l'état actuel du droit, le renforcement de la substitution par l'établissement d'une clause d'inaliénabilité nous paraît indispensable. cependant nous pensons que la dernière formule étudiée (clause d'inaliénabilité portant sur la propriété), bien que licite, ne doit être utilisée qu'exceptionnellement. Mieux vaut adopter la première, c'est-à-dire établir une substitution portant sur la nue propriété, avec adjonction pour le grevé d'un legs d'usufruit à titre alimentaire incessible et insaisissable. Elle réalise une protection suffisante du grevé

et surtout sa validité semble devoir être admise par la jurisprudence, même si elle est stipulée pour la vie entière du gratifié (35).

SECTION II. — *Des actes d'administration*

La charge qui grève les biens substitués rend tous actes de disposition inopposables aux appelés, ceux-ci sont au contraire obligés de respecter les actes d'administration.

Cette distinction est aisée à formuler, mais son application est parfois fort difficile. L'opposition entre les actes de disposition et les actes d'administration « semble à première vue, disent Planiol et Ripert (36), répartir en deux catégories très nettes les actes juridiques qu'un propriétaire peut faire. Néanmoins, et quoiqu'elle soit bien réellement fondée sur la nature des choses, elle est très loin d'avoir la précision et la fixité qu'annonce la netteté des mots qui servent à l'exprimer ». D'une façon générale, les actes de disposition engagent l'avenir définitivement, les actes d'administration ne l'engagent que pour un temps relativement court ; il n'ont ordinairement pour but que de retirer de la chose un revenu normal. D'ailleurs, la portée de l'acte d'administration change suivant la qualité de la per-

(35) Il faudra, bien entendu, pour que le caractère alimentaire subsiste, que cet usufruit corresponde seulement à ce qui est nécessaire au grevé pour vivre suivant sa condition. Dans le cas contraire, les tribunaux pourraient, suivant les circonstances, et pour la portion qu'ils détermineraient, valider les transports qui auraient été consentis par le grevé ou les saisies que ses créanciers auraient pratiquées.

(36) Planiol, *Traité élémentaire*, T. 1, N° 2338.

sonne que l'on envisage. Elle n'est pas la même suivant qu'il s'agit d'un mineur émancipé, d'une personne pourvue d'un conseil judiciaire ou d'un usufruitier. C'est sans doute des pouvoirs de ce dernier que ceux d'un grevé de substitution sont le plus voisins, nous verrons que, d'une manière générale, ils sont nettement plus étendus ; le grevé est, en effet, propriétaire et ce droit, bien que limité par la charge de conserver et de rendre, lui donne des prérogatives que la loi refuse à un simple usufruitier (37).

On verra dans quelle mesure le grevé peut acquérir les fruits, consentir des baux, recevoir le montant des créances, intenter des actions. On pourra alors préciser les différences entre sa situation et celle d'un simple usufruitier.

Il faut d'abord poser en règle générale que le grevé doit respecter la destination économique qui existait avant que les biens lui aient été donnés ou légués.

Les actes conservatoires ne nous retiendront qu'un instant, le grevé a non seulement le droit, mais l'obligation de les accomplir. Pothier déclare : « Le grevé doit conserver les biens et choses donnés et y apporter les soins d'un bon père de famille. C'est pourquoi si les héritages se trouvent détériorés soit par son fait soit par sa négligence, si les droits et actions se trouvent perdus par sa négligence, il est tenu de dommages-intérêts envers le substitué » (38). Le grevé devra donc interrompre les prescriptions, renouveler les inscriptions, poursuivre le recouvrement des créances.

Le grevé a aussi le droit de percevoir les fruits,

(37) Cass., 28 Fév. 1923, précité.

(38) Pothier, Traité des Substitutions, art. 159.

fruits naturels et fruits civils. La jurisprudence admet « qu'il a un droit de jouissance plus étendu que celui de l'usufruitier » (39) et la plupart des auteurs sont du même avis. En cette matière, il semble cependant qu'il soit à peu près identique. Comme en matière d'usufruit, il y aura lieu à la distinction des fruits et des produits. Ces derniers, en principe, n'appartiendront point au grevé. Il en serait toutefois autrement si l'exploitation en avait été commencée par le disposant. Dans l'arrêt des carrières, la cour de Bordeaux, avant de condamner l'exploitation du grevé, a recherché si on ne pouvait pas en trouver l'origine dès avant son entrée en jouissance et ce n'est qu'après avoir constaté que la testatrice n'avait joui du domaine que par la culture des champs et la perception des fruits qu'elle déclare « E. G. (le grevé) était tenu de faire comme sa mère afin de pouvoir transmettre à son fils la propriété dans l'état où il l'avait reçue lui-même » (40). Le grevé aura donc droit à tous les objets qui apparaissent comme une source régulière de revenus, ces objets dussent-ils altérer la substance des biens.

Appliquons ces données aux fruits naturels.

Le grevé aura droit comme l'usufruitier au bois taillis, il n'aura pas droit aux arbres de haute futaie, à moins qu'il n'y ait eu mise en coupe réglée par le disposant. M. Bouzat (41) admet cependant que le grevé ne devrait rendre qu'une futaie de valeur égale à celle qu'il a reçue ; au bout d'un certain nombre d'années, les arbres ayant poussé, il y aura augmentation de valeur, le grevé pourrait alors

(39) Civ., 28 Fév. 1923, précité.

(40) Bordeaux, 7 Juillet 1919, précité.

(41) Bouzat, p. 100.

couper des bois correspondant à cette augmentation. Cette solution pourrait, semble-t-il, être admise, s'il n'était pas quasi impossible d'en assurer une application équitable. Comment une expertise pourra-t-elle déterminer exactement l'augmentation de valeur à une époque donnée de la jouissance du grevé ? Il faudrait pour cela qu'il y en ait eu une première lors de l'entrée en possession. La comparaison des deux chiffres pourrait bien alors faire apparaître surtout la diminution de valeur de la monnaie. On aurait une nouvelle application de la solution injuste donnée par la cour de Cassation pour les baux à cheptel.

La question du droit du grevé aux mines n'offre aucun intérêt pratique étant donné le régime auquel elles sont soumises de par les lois de 1810 et de 1919 ; on peut cependant penser que le grevé, puisqu'il est propriétaire, aurait droit à la redevance tréfoncière, quand bien même l'exploitation de la mine n'aurait commencé qu'après son entrée en jouissance. Cette redevance, en effet, est plus reconnitive du droit de propriété qu'indemnitaire.

Quant aux minières, on devra leur appliquer le même régime qu'aux carrières : le grevé ne pourra que continuer l'exploitation commencée.

Beaucoup plus intéressantes sont les questions relatives au régime des valeurs mobilières grevées de substitution. Ici encore, le grevé aura droit aux fruits civils qu'elles sont susceptibles de produire. Mais il faut admettre, comme la Jurisprudence l'a fait en matière d'usufruit, que les bénéfices d'une entreprise ne constituent pas directement des fruits, seul l'aménagement en revenus périodiques peut leur conférer cette qualité.

Il ne fait aucun doute que le grevé ait droit aux dividendes des actions et aux intérêts des obli-

gations, et qu'il puisse librement en disposer. Mais tous les autres bénéfices qu'il pourra retirer de ses titres ne lui appartiendront que sous la charge de les conserver et de les rendre. Il en sera notamment ainsi lorsque la société, procédant au remboursement du capital de ses actions, attribuera des actions de jouissance. Le capital remboursé, comme les actions de jouissance, restera soumis à la charge. Cela ne fait aucune difficulté. Mais il en ira de même pour la distribution des réserves et pour le droit de souscription à une augmentation de capital. Sans doute, les réserves proviennent des bénéfices accumulés et le droit de souscription n'a généralement de valeur que dans la mesure de l'importance des réserves (42), les bénéfices non distribués se réunissent au capital et ils sont grevés comme lui de la charge. La même remarque peut s'appliquer en ce qui concerne les obligations aux lots et primes de remboursement. Il y aura donc lieu, dans tous les cas où le grevé aura encaissé des deniers, d'en faire emploi dans les 3 mois, conformément à l'article 1066.

Nous avons vu plus haut que, fréquemment dans la pratique, les testaments qui instituent une substitution lui adjoignent un legs d'usufruit incessible et insaisissable et que la validité doit en être admise pourvu qu'il conserve un caractère alimentaire. L'incessibilité des revenus « loin d'être con-

(42) En ce qui concerne le droit de souscription à une augmentation de capital, il faut admettre que la seule valeur que ce droit possède en bourse sera grevée de substitution. Si le grevé l'aliène, il fera emploi du prix ; s'il souscrit lui-même, les titres ne seront grevés de la charge qu'à concurrence de la valeur du droit de souscription.

traire aux lois et aux mœurs, dit la cour de Caen (43), est un acte de sagesse, de prévoyance conforme à l'ordre public auquel il importe que les citoyens ne soient pas exposés à tomber dans un dénument complet ». Mais certains testateurs ne se sont pas contentés de stipuler l'incessibilité et l'insaisissabilité des revenus, ils en ont prescrit la capitalisation. Ainsi, dans l'affaire Leprestre jugée par la chambre des requêtes le 6 Mai 1908 (44), la testatrice avait stipulé que la totalité des revenus provenant des biens grevés de restitution serait capitalisée pendant la vie de son fils et même après lui pour le compte particulier de chacun de ses petits-enfants appelés à profiter de son legs, savoir pour les garçons jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 25 ans et pour les filles jusqu'à 21 ans ; toutefois la substitution de vait tomber et le grevé reprendre la libre disposition des biens si, après 25 ans de mariage, il n'avait pas d'enfants. Le grevé, après avoir respecté cette clause pendant un certain nombre d'années, en demanda la nullité. Celle-ci lui fut refusée par la cour de Caen le 15 Novembre 1906 (45) et le pourvoi formé contre cet arrêt rejeté le 6 Mai 1908.

A l'appui de la thèse de la chambre des requêtes, on invoque d'abord qu'on ne saurait voir dans une telle disposition une substitution prohibée. Cela ne fait aucun doute : on n'y trouve pas deux dispositions successives portant sur le même objet puisque le grevé reçoit la propriété et que la charge ne concerne que les économies faites sur les revenus. En outre, l'époque de la restitution n'étant pas

(43) Caen, 12 Juin 1854, précité.

(44) Req. 6 Mai 1908, D. 09.1.285, S. 10.1.297, J. Not. 1910, at. 29571.

(45) Caen, 15 Nov. 1906, D. 07.2.265, S. 07.2.213.

fixée à la mort du grevé, mais à la majorité des appelés, il n'existe pas d'ordre successif. On peut aussi facilement admettre avec la chambre des requêtes qu'il n'y a pas legs direct à des personnes non conçues, mais simple charge de capitalisation en leur faveur, ce qui, d'après une jurisprudence constante, rend inapplicable en l'espèce les dispositions de l'article 906 ; enfin on ne saurait y voir une disposition du bien d'autrui, la capitalisation des revenus de la quotité disponible n'étant qu'une condition du legs de cette quotité.

Mais cette clause ne nous paraît cependant pas pouvoir être considérée comme licite (46).

En premier lieu, elle est contraire à la libre circulation des biens et antiéconomique. Contrairement à celle d'incessibilité et d'insaisissabilité des revenus qui, protégeant le grevé contre lui-même, lui permet de continuer à vivre suivant sa condition, ce qui dans une large mesure est conforme à l'intérêt général, la clause de capitalisation ne peut que lui être défavorable, puisqu'elle lui laisse seulement les soucis d'une propriété théorique dont il ne tirera jamais aucun profit. L'épargne est indispensable à la vie d'un Etat et rien ne saurait y suppléer, mais l'excès est nuisible, les revenus non dans leur totalité mais dans leur plus grande partie doivent être dépensés. Qu'advviendrait-il des échanges si les substitutions accompagnées de telles clauses venaient à se répandre ? On ne peut donc que condamner du point de vue économique, ce « calcul d'un testateur qui cherche à se survivre pour théoriser au delà de la tombe » (47).

(46) En ce sens, note de M. Tissier au S. 1910.1.297.

(47) Alger, 20 Janvier 1879, S. 79.2.71.

Mais surtout cette clause doit être considérée comme illicite parce qu'elle aggrave d'une façon notable le régime des substitutions permises. Sans doute, dans l'ancien droit, les auteurs se demandaient déjà si par une clause expresse on pouvait comprendre dans la substitution les fruits à percevoir jusqu'à l'ouverture du droit des appelés et l'affirmative était généralement admise (48). Aujourd'hui cependant il semble impossible d'adopter cette solution donnée sous l'empire d'une législation très favorable aux substitutions. Ce qui d'ailleurs montre bien que les droits de jouissance du grevé ne peuvent lui être retirés, c'est qu'il n'existe ici aucun texte analogue à l'article 618 permettant aux juges de prononcer la déchéance de l'usufruitier en cas d'abus de jouissance (49). Comment admettre que le disposant puisse priver le grevé d'une jouissance que la loi elle-même ne permet pas de lui enlever s'il abuse de ses droits ?

On peut ajouter que cette clause va augmenter d'une manière considérable la somme des biens qui devront être restitués aux appelés, ce que ne faisaient jamais les clauses que nous avons proposées plus haut et qui cependant renforçaient dans une certaine mesure la protection légale.

Le droit d'administration et de jouissance qui appartient au grevé nous apparaît comme un caractère essentiel de la substitution. Tous reconnaissent au grevé la qualité de propriétaire ; comment lui

(48) Pothier, Traité des substitutions, Nos 118 et 126. éd. Bugnet, T.8, p. 493 et 497 ; Domat, Lois civiles, liv.5, tit.3, sect.I, N° 6 ; Bourjon, Droit commun de la France, liv.5, tit.5. ch.3, sect.2, N° 12 ; Voy. cependant : Ricard, Substitutions, chap.12 Nos 75 à 78.

(49) Bordeaux, 7 Juillet 1919, précité.

refuser un droit qui appartient au simple usufruitier ? La loi lui impose la charge de conserver, de quel droit l'obligerait-on à celle d'augmenter ?

En vertu du droit d'administration qui lui appartient, le grevé peut sans le concours du tuteur consentir des *baux* sur les biens substitués. Il importe de déterminer quelle devra en être la durée pour qu'ils puissent être opposés aux appelés.

Les auteurs ne s'entendent guère sur la durée des baux que le grevé peut consentir. Les uns, comme Huc et Laurent (50), pensent que les baux passés par le grevé sont dans tous les cas inopposables aux appelés. Le bail suppose en effet chez celui qui le passe l'existence d'un droit de jouissance, le grevé n'a pu faire une cession de jouissance plus longue que celle qui lui appartient. Sans doute la loi impose bien à la femme mariée, au nu propriétaire ou au vendeur à réméré le respect des baux consentis par le mari, l'usufruitier, l'acheteur, mais ce sont là des dispositions exceptionnelles, en matière de substitution devant le silence des textes, on ne peut qu'appliquer l'adage « *nemo plus juris...* ». D'ailleurs, prétendent ces auteurs, pour quoi les fermiers et les locataires seraient-ils mieux traités que les acquéreurs de droits réels, et Huc qui rapproche l'ouverture de la substitution de la perte matérielle de la chose explique ainsi l'anéantissement du bail.

Cette solution est évidemment inadmissible et elle n'est plus aujourd'hui soutenue par personne : point n'est besoin d'insister sur les inconvénients économiques, il faut surtout dire que refuser au grevé le droit de conclure un bail d'une certaine du-

(50) Huc, T.6, N° 418, 7°. Laurent, T.14, N° 567

rée, c'est en fait lui refuser le droit d'administrer et de jouir de sa chose. Aucun preneur ne se présentera qui puisse accepter de pareilles conditions et en particulier s'il s'agit de biens ruraux, et que le grevé ne soit pas compétent pour les exploiter lui-même, il devra les laisser improductifs, ce qui ne pourra qu'en diminuer la valeur.

A l'opposé, il y a les auteurs qui admettent que le grevé a le droit de passer des baux qui, quelqu'en soit la durée, seront toujours opposables aux appelés (51). M. Plassard, en effet, ne croit pas que les baux de 18 ans soient de nature différente de celle des baux plus courts. Il admet que, bien qu'assujettis à la transcription, ils demeurent des actes d'administration et qu'ils ne dépassent pas les pouvoirs du grevé du moment qu'aucun texte ne les interdit, à condition qu'ils soient faits sans fraude. En faveur de la solution extensive, il invoque qu'elle est favorable à la bonne exploitation du domaine en apportant le minimum d'entraves à l'administration et qu'elle est conforme au rôle social actuel de la substitution qui ne consiste plus dans la conservation en nature d'un bien, sous une forme rigoureuse, mais dans la simple conservation d'une valeur contre les dilapidations possibles du grevé. Or des baux de longue durée faits sans fraude ne mettent pas la valeur du bien en péril (52).

(51) Plassard, note sous Seine 26 Mai 1922, D. 25.2.149.

(52) Cette affirmation de M. Plassard est fort contestable, car, depuis la guerre, tous les immeubles loués pour une longue durée ont été considérablement dépréciés par l'avilissement du franc. Cette objection n'avait pas échappé — en 1925 — à M. Plassard. Mais il ne s'y était pas arrêté, ne voyant là qu'une raison de fait passagère. L'expérience ne semble pas avoir confirmé ses prévisions. Aussi, pensons-nous que la seule possibilité d'une crise monétaire, même dans une période normale, est de nature à entraîner la dépréciation notable d'un immeuble loué pour une trop longue durée

L'opinion de la majorité des auteurs se situe entre ces deux thèmes extrêmes.

Les uns adoptent pour limites celles prévues pour l'usufruitier par l'art. 595 qui renvoie aux articles 1429 et 1430. Les appelés seraient donc tenus de respecter les baux de 9 ans consentis par le grevé avant l'ouverture de la substitution (53).

Les autres en admettent de plus larges. Demolombe pense que seuls les baux de plus de dix-huit ans sont inopposables aux appelés. En effet, ceux-là seuls sont soumis à la transcription parce qu'ils constituent des actes d'alinéation (54).

La difficulté provient surtout, remarque avec raison M. Plassard, de l'incertitude sur la nature juridique des baux de longue durée. Sans doute, d'une manière générale, le bail est un acte d'administration (55), mais s'il engage l'avenir pour trop longtemps, la loi ne semble pas admettre qu'il puisse être considéré comme un acte d'administration normal. Ainsi les baux de plus de 9 ans ne peuvent être consentis ni par l'usufruitier (art. 595) ni par le mari (art. 1429 et 1430), ni par le tuteur (art. 1718). Quant aux baux de plus de 18 ans les art. 2 et 4 de la loi du 23 Mars 1855 les soumettent à la transcription, mais il n'en résulte pas obligatoirement qu'ils doivent être considérés comme actes d'alinéation.

La jurisprudence n'a eu qu'assez rarement à se prononcer sur des difficultés de cette nature, du moins depuis la promulgation du code civil. Au contraire, dans l'ancien droit, les espèces sont assez nombreuses et il est intéressant de constater qu'une

(53) Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3357 ; Rolland de Villargues, Répertoire du Notariat, v° Substitution, N°125.

(54) Demolombe, T.22, N° 566 ; Demante et Colmet de Santerre, T.4, N° 213 bis, 3°.

(55) Planiol, T.2, N° 1760.

évolution très nette s'est manifestée. Jusqu'au début du XVIII^e siècle, on considérait que les baux consentis par le grevé n'étaient pas opposables à l'appelé (56).

Un peu plus tard, on peut relever des décisions contraires, l'ancienne conception rigoureuse commence à se relâcher (57). Quant à la doctrine du XVIII^e siècle, elle était partagée, alors que Guyot, dans son répertoire, se rattache à la nouvelle conception, Pothier, dans son traité du louage, reste fidèle à l'ancienne (58).

Postérieurement au code civil, on ne relève que deux décisions. Un arrêt de la cour de Douai du 18 Mars 1852 (59) qui ne se prononce qu'indirectement sur la question qui nous occupe puisque la validité du bail consenti par la grevée était contestée par un tiers acquéreur adjudicataire sur saisie du droit du grevé. La cour a fait justement remarquer que le droit de contester la validité du bail ne pouvait être reconnu qu'aux appelés, et qu'il ne pouvait être exercé avant l'ouverture de la substitution ; mais elle semble cependant admettre, dans un attendu, que les principes qui assignent des limites à la durée des baux passés par l'usufruitier et à la faculté de renouveler ces baux avant l'expiration des baux courants, sont applicables aux baux passés par le grevé de substitution.

(56) Arrêt du grand Conseil du 13 Février 1716, cité par Guyot, Répertoire, v^o Substitution, sect.25. Edit. 1785. T.16. p. 523.

(57) Arrêt du Parlement de Paris du 30 Juin 1751 et sentence du Châtelet du 28 Août 1756, cités par Denisart, Collection de décisions, v^o Substitution, N^o 125, 7^e édit., T.4, p. 602.

(58) Pothier, traite du louage, édit. Bugnet, T.4, N^{os} 302 et 312, pp. 106 et 110.

(59) Douai, 18 Mars 1852, D. 53.2.20.

Le tribunal de la Seine, dans l'espèce qui lui a été soumise le 26 Mai 1922, est aussi parvenu à éliminer la difficulté en déclarant qu'en la circonstance l'action de l'appelé n'était pas recevable. Mais il semble admettre que les baux de plus de 18 ans ayant un caractère d'aliénation sont inopposables aux appelés (60).

Ainsi ni la doctrine ni la jurisprudence ne nous fournissent de solution, nous essaierons cependant d'en dégager une. Il nous semble qu'on doit considérer en tout état de cause (la fraude mise à part) comme opposables aux appelés les baux dont la durée n'excède pas 9 ans. Mais peut-on permettre une plus longue durée ? Sans doute M. Plassard fait remarquer que les articles 1429 et 1430, concernant le mari et le tuteur, ont un caractère exceptionnel qu'on ne peut étendre par analogie, que d'ailleurs le grevé est propriétaire, qu'enfin l'usufruit prendra certainement fin tandis qu'il n'est pas sûr que la substitution s'ouvrira. On peut lui objecter que le législateur semble avoir tendance à considérer les baux excédant 9 ans comme des actes d'aliénation. Ainsi la loi du 2 Avril 1932 insérée dans l'article 1558 du code civil stipule que « l'immeuble dotal pourra avec la permission de justice être donné à bail en totalité ou en partie pour une durée qui ne dépassera pas 25 ans ». Donc dès l'instant où le bail est supérieur à 9 ans, la loi, par les formes qu'elle impose, montre qu'elle le traite comme un acte d'aliénation. Il n'est pas question d'étendre ici un texte qui n'a été fait que pour le régime dotal, mais nous pensons que ce texte montre bien le véritable caractère du bail excédant 9 ans. On peut donc admettre que le bail excédant cette durée ne sera oppo-

(60) Seine, 26 Mai 1922, D. 25.2.149, Note Plassard, Rép. Not. Art. 20238, J. Not. Art. 33389, G.T., 1^{er} et 3 Oct. 1922.

sable que s'il a été consenti avec le concours du tuteur et l'autorisation de justice.

Cependant certaines réserves s'imposent. Le grevé pourrait consentir seul un bail de plus de 9 ans si le disposant le lui avait permis et même sans cette autorisation si l'habitude du disposant était de consentir des baux excédant cette durée (61).

Les auteurs admettent généralement, comme conséquence du droit d'administration qui appartient au grevé, que celui-ci peut poursuivre le recouvrement des *créances* faisant partie de la substitution et en donner quittance sans le concours du tuteur, à moins que celui-ci n'ait formé une opposition entre les mains des débiteurs (62). Et la validité des paiements ainsi faits au grevé ne serait pas subordonnée à l'emploi des deniers effectué conformément à l'article 1067. En effet, les créances qui proviennent directement du disposant peuvent être aussi bien chirographaires qu'hypothécaires et dans l'un et l'autre cas, il semble bien qu'on ne puisse imposer au débiteur qui se libère une obligation d'emploi qui n'avait pas été prévue lors de la conclusion du contrat. Aussi nous admettons que, dans ce cas, le tuteur qui ne ferait pas opposition à ce que le paiement ait lieu sans son concours engagerait sa responsabilité pour le cas où le grevé viendrait à dilapider les fonds. Pour le remboursement des placements faits à titre d'emploi, il faut admettre avec Demolombe qu'il ne peut avoir lieu qu'avec le concours du tuteur et à charge de remploi. Ce

(61) Seine, 26 Mai 1922, précité.

(62) Demolombe, T.22, N° 564 ; Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3346 ; Planiol, T.3, N° 3317 ; Aubry et Rau, T.11, § 696. Il n'existe aucune décision de jurisprudence.

remploi s'imposerait-il au débiteur ? Il n'y a aucune raison pour se refuser à l'admettre, puisque, lorsque le débiteur a emprunté, il connaissait la charge. Il convient cependant d'observer que l'opinion contraire est soutenue par une notable partie de la doctrine (63). Ces auteurs admettent qu'à aucun titre les débiteurs ne sont chargés de veiller aux intérêts des appelés et qu'hors le cas de fraude ou de collusion ils ne sauraient encourir de ce chef aucune responsabilité. Si cette opinion était admise, toutes les précautions prises par le législateur pour assurer la transmission des biens substitués pourraient devenir illusoires. Dans la pratique, cependant, cette controverse n'a pas une très grande importance : car les conservateurs des hypothèques se refusent à la radiation des inscriptions jusqu'à ce qu'un emploi régulier leur ait été justifié. Et c'est là probablement la raison pour laquelle les espèces en jurisprudence font totalement défaut.

Il convient de faire les mêmes distinctions pour la cession des créances. Pour celles qui proviennent directement du disposant, l'opposition que le tuteur aura faite entre les mains du débiteur empêchera la cession sans son concours. Quant aux créances privilégiées, ou si on les admet hypothécaires, qui proviennent de l'emploi prescrit par l'article 1067, l'inscription fera connaître aux tiers la charge dont elles sont grevées et qui rend toute cession inopposable aux appelés.

Le grevé peut exercer toutes *actions* tant personnelles que réelles, tant mobilières qu'immobilières, relatives aux biens substitués et lui seul peut

(63) Laurent, T. 14, N° 568 ; Aubry et Rau, T. 11, § 696.

le faire (64). La cour de Metz, dans un arrêt rendu le 13 Juillet 1865 (65), a jugé que « toutes les actions actives et passives résident en la seule personne du grevé » et « qu'admettre l'appelé ou le tuteur à la substitution à diriger de son chef et malgré le grevé des actions concernant les biens substitués, ce serait apporter à la jouissance du grevé des restrictions qui ne sont pas dans la loi ». Et la cour ajoute, qu'alors même que le tuteur est intervenu dans l'instance, le grevé peut se désister de la demande qu'il avait d'abord introduite et son désistement régulièrement formé, en éteignant l'instance, a pour résultat de faire tomber une intervention qui n'existait que parallèlement à l'action principale et ne reposait pas sur un droit primordial et personnel. Elle ne réserve au tuteur que le droit en cas de fraude, de malversation ou de dissipation, de se pourvoir par action principale et directe contre le grevé afin de l'assujettir à telles mesures que la justice jugera utiles.

Le droit d'action du seul grevé étant admis, il entraîne comme corollaire que tous ceux qui ont des prétentions quelconques à faire valoir sur les biens substitués ne peuvent agir que contre le grevé.

Quelque soit le demandeur, grevé ou tiers, à quelles conditions les jugements rendus seront-ils opposables aux appelés ? Les auteurs font généralement une distinction. Pour les jugements rendus au profit du grevé, on admet sans difficultés que les appelés peuvent s'en prévaloir alors même que le tuteur n'aurait pas été mis en cause, ni le ministère

(64) Demolombe, T.22, N° 553 ; Laurent, T.14, N° 568 ; Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3346 ; Planiol, T.3, N° 3317.

(65) Metz, 13 Juillet 1865, D. 65.2.126, S. 66.2.29.

public entendu (66). Les avis sont partagés pour les jugements rendus contre lui, mais généralement on exige que le tuteur soit mis en cause et le ministère public appelé à donner ses conclusions (67).

On reconnaît aussi généralement au grevé le droit de *transiger* relativement aux biens substitués, cette transaction ne serait toutefois opposable aux appelés qu'autant qu'elle aurait été conclue avec le consentement du tuteur et soumise à l'homologation du tribunal, le ministère public entendu.

L'obligation d'entendre le ministère public pour que les jugements ou transactions soient opposables aux appelés est conforme à la tradition historique. L'article 53, titre II, de l'ordonnance de 1747 stipulait « Les actes concernant des désistements, transactions ou conventions... ne pourront avoir aucun effet contre les substitués et il ne pourra être rendu aucun jugement en conséquence desdits actes qu'après qu'ils auront été homologués en nos cours de Parlement et conseils supérieurs, sur les conclusions de nos procureurs généraux, ce qui sera observé à peine de nullité ».

L'examen que nous venons de faire des pouvoirs du grevé nous conduit à comparer sa situation à celle de l'usufruitier.

Il est admis, d'une manière générale, que le grevé qui est propriétaire a un droit de jouissance plus étendu que celui de l'usufruitier.

(66) Demolombe, T.22, N° 560.

(67) Demolombe, T.22, N° 558 ; Duranton, T.9, N° 591 ; Aubry et Rau, T.11, § 696, texte et note 66. Si le ministère public n'avait pas été entendu, les appelés pourraient attaquer le jugement par voie de requête civile, et si le tuteur n'avait pas été mis en cause par voie de tierce opposition.

Sans doute, nous avons observé que, pour l'acquisition des fruits, l'obligation qui lui est imposée par la jurisprudence de conserver la destination économique établie par le disposant, limitait ses pouvoirs d'une manière à peu près identique à ceux de l'usufruitier. Toutefois certains auteurs tels que Baudry Lacantinerie et Colin (68) sont moins sévères, ils admettent que le grevé pourrait faire subir à la substance de la chose certaines transformations, ainsi défricher un bois en terre labourable.

La durée des baux que le grevé peut consentir est à notre avis de 9 ans comme pour l'usufruitier, mais cette durée que certains auteurs trouvent insuffisante peut, on l'a vu, être augmentée si l'habitude du disposant était de consentir des baux d'une durée plus longue. Le grevé peut recevoir le remboursement des créances, comme l'usufruitier universel ou à titre universel, mais nous admettons qu'au moins en ce qui concerne les emplois faits conformément à l'article 1067 ses pouvoirs sont plus restreints que ceux de ce dernier, puisque le débiteur ne pourra procéder au remboursement que si le remploi lui est justifié. Cette différence peut s'expliquer facilement ; en matière d'usufruit, il existe une caution qu'on ne retrouve pas dans la substitution.

L'usufruitier ne peut jamais exercer l'action en revendication qui appartient au seul nu propriétaire, il n'a que l'action confessoire qui sanctionne son droit d'usufruit. Les actions personnelles contre les débiteurs ne lui appartiennent que s'il est usufruitier universel ou à titre universel. Le grevé propriétaire peut exercer toutes les actions quelles qu'elles soient et il est seul qualifié pour y défendre.

(68) Baudry Lacantinerie et Colin, T. 2, N° 335r.

Mais c'est surtout en ce qui concerne les obligations qui lui incombent que la situation du grevé est différente de celle de l'usufruitier. L'article 605 du code civil oblige l'usufruitier à faire effectuer les réparations d'entretien, mais il n'est point tenu des grosses réparations et peut, si bon lui semble, laisser l'immeuble tomber en ruines. La charge de conserver oblige le grevé non seulement aux réparations d'entretien, mais encore aux grosses réparations nécessaires pour la conservation des biens : sauf à réclamer une indemnité aux appelés lors de l'ouverture de la substitution (69).

Quant aux améliorations, l'art. 599 2° refuse à l'usufruitier tout droit à indemnité pour les améliorations faites sur les biens soumis à son usufruit. Il est certain qu'il faut voir là une disposition exceptionnelle qui ne peut recevoir ici application. (Cette question sera étudiée plus loin avec les règlements de compte entre grevé et appelés à l'ouverture de la substitution.) Enfin, on admet généralement que des abus de jouissance même graves ne sauraient entraîner la déchéance du droit du grevé, l'article 618 relatif à l'usufruit n'est pas applicable. Le tuteur ou les appelés pourraient seulement requérir la mise sous sequestre des biens substitués (70).

Les différences profondes qu'on relève entre la situation du grevé et celle de l'usufruitier proviennent de ce que la nature juridique de leur droit est

(69) En ce sens, Laurent, T.14, N° 577. Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3353. Contra Planiol et Ripert, N°806.

(70) Demolombe, T.22, N° 576 ; Aubry et Rau, T.11, § 696, texte et note 82 ; Demante et Colmet de Santerre, T.4, N° 212 bis 2° ; Laurent, T.14, N° 580 ; Huc, T.6, N° 406 ; Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N°s 3362 et s. ; Contra. Toullier, T.5, N° 782 ; Duranton, T.9, N° 603.

différente. Alors que la constitution d'un usufruit entraîne un démembrement dans la propriété, la substitution n'en entraîne aucun. Il n'y a pas « attribution concurrente au grevé et aux appelés d'éléments dissociés d'un même droit », la propriété est seulement grevée de la charge de conserver et de rendre.

Surtout les droits du grevé ne présentent pas le caractère essentiellement temporaire de ceux de l'usufruitier ; sans doute le droit du substitué est fragile, mais cette fragilité ne se manifeste que dans les hypothèses où le droit de l'appelé s'ouvre effectivement. A défaut, le droit du grevé se transforme en celui du bénéficiaire d'une libéralité ordinaire : il est définitif.

SECTION II. — *De la saisie des biens substitués*

La charge de conserver et de rendre qui entraîne l'inopposabilité aux appelés de toute aliénation ou de toute constitution de droits réels a comme corollaire nécessaire l'inopposabilité de la saisie. Sinon il serait trop facile au grevé de transgresser la charge en contractant des obligations qui seraient exécutées sur les biens substitués. Il convient toutefois de faire une distinction parmi les créanciers saisissants.

A. — Saisie par les créanciers du disposant

Les créanciers du disposant ont un droit de gage général sur les biens de leur débiteur, en instituant une substitution celui-ci n'a pu le leur enlever. Ils conservent donc le droit de saisir les biens

dans les mains du grevé et la saisie ainsi pratiquée sera opposable aux appelés : *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. La clause par laquelle le disposant aurait déclaré insaisissables les intérêts et revenus des biens substitués ne leur serait pas opposable. C'est en ce sens et à juste titre que s'est prononcée la chambre civile dans un arrêt du 17 Mars 1856 (71).

Dans quelles conditions les créanciers du disposant pourront-ils pratiquer cette saisie ?

Un arrêt de la cour de Douai du 25 Février 1891 décide que l'appelé (bien qu'il ne soit pas personnellement débiteur) et le tuteur doivent être mis en cause (72). On peut douter de la nécessité de faire intervenir l'appelé, par contre la présence du tuteur est nécessaire puisqu'il doit veiller à l'exécution de la charge et que celle-ci se trouverait compromise si une saisie était pratiquée à tort. C'est donc, avec juste raison, que la cour de Douai a décidé qu'en cas de minorité de l'appelé l'action dirigée uniquement contre le père, administrateur légal des biens de son enfant (donc en fait contre le seul grevé), doit être déclarée non recevable. Cette solution s'imposait d'autant plus qu'on peut craindre une collusion entre le grevé saisi et le créancier saisissant.

Les créanciers du disposant ne pourront se faire payer par préférence à ceux du grevé sur les biens substitués qu'en demandant la séparation de patrimoine (73). A défaut, s'il y avait concours des

(71) Civ., 17 Mars 1856, D. 56.1.152.

(72) Douai, 25 Février 1891, D. 92.2.552.

(73) Laurent, T.14, N° 56. La transcription prescrite dans le seul intérêt des appelés, ne pourrait les en dispenser. Req 5 Mai 1830, précité.

créanciers du disposant et du grevé, on aurait cette situation singulière — qui ne semble pas avoir été prévue par les auteurs — d'une saisie pratiquée sur les mêmes biens définitivement par les créanciers du disposant alors que celle des créanciers du grevé serait inopposable aux appelés. Le seul moyen à notre sens de résoudre la difficulté serait de colloquer définitivement les créanciers du disposant, mais d'obliger ceux du grevé à faire emploi en immeubles ou en créances avec mention de la charge.

B. — Saisie par les créanciers du grevé

Les créanciers du grevé pourront aussi saisir les biens substitués puisque celui-ci en est propriétaire, mais la saisie ne sera pas opposable aux appelés.

Ce n'est d'ailleurs pas sans hésitation que la jurisprudence a admis ce droit de saisie. Un arrêt de la cour de Paris du 2 Janvier 1847 décide que le grevé n'étant propriétaire qu'à la charge de conserver et de rendre ne pourrait hypothéquer les biens substitués et que ceux-ci ne pourraient pas davantage devenir le gage de ses créanciers (74). Cet arrêt semble être demeuré isolé. Deux arrêts, l'un de la cour d'Orléans du 1^{er} Février 1876, l'autre de la cour de Bordeaux du 3 Mai 1877 se prononcent en sens opposé (75). Ainsî la cour d'Orléans déclare « que les biens grevés de substitution sont la propriété exclusive du grevé, que les appelés n'ont aucun droit sur les biens avant l'ouverture de la substitution mais une simple espérance, que dès lors les biens

(74) Paris, 12 Janvier 1847, D. 47.2.61.

(75) Orléans, 1^{er} Février 1876, D. 78.2.95, S. 76.2.112 ;
Bordeaux, 3 Mai 1877, D. 78.2.95, S. 77.2.236.

peuvent être saisis et expropriés par les créanciers du grevé, sauf la résolution du droit des acquéreurs à l'ouverture de la substitution, s'il y a lieu ».

Cependant le droit de saisie des créanciers du grevé peut se heurter à quelques difficultés. Si la substitution porte sur une fraction de l'hérédité, peut-on dire qu'il y a indivision entre la fraction du patrimoine grevée de substitution et celle libre, et en conséquence obliger les créanciers en vertu de l'article 2205 à surseoir à toute saisie avant un partage ou un cantonnement en nature qu'ils pourraient d'ailleurs provoquer. La jurisprudence, nous l'avons dit, décide qu'il n'y a pas indivision ; donc rien n'entravera l'action des créanciers. Il est toutefois bien évident que leur intérêt serait de ne procéder à la saisie qu'après cantonnement, ils obtiendraient ainsi un meilleur prix des biens libres. Cette considération pourrait leur être indifférente si leur créance était minime et garantie par une hypothèque venant en bon rang ; mais alors l'intérêt des créanciers venant en rang postérieur pourrait se trouver compromis ; il resterait à ces derniers la faculté de payer par subrogation les créanciers saisis sants.

La jurisprudence, qui admet aujourd'hui sans difficulté le droit de saisie pour les immeubles, semble hésiter pour les biens mobiliers. En effet, si l'aliénation de l'immeuble par le grevé ou sa saisie par ses créanciers offrent peu d'inconvénients en ce sens qu'il rentrera entre les mains des appelés à l'ouverture de la substitution, déclare un arrêt de la cour de Paris du 3 Novembre 1893, il n'en est pas de même de l'aliénation et de la saisie des meubles qui, si elles étaient possibles, mettraient en péril les intérêts des appelés et constitueraient une violation tant des intentions du testateur que des dispositions

de la loi qui exige l'emploi en valeurs déterminées (76). Cet arrêt, qui admet que les meubles sont insaisissables, ne nous semble pas pouvoir être approuvé. Si on reconnaît un droit de saisie sur les immeubles, il doit en être de même sur les meubles. Toutefois, pour que les droits des appelés ne soient pas sacrifiés, il devra être fait emploi du prix avec mention de la charge, conformément à l'article 1067 ou aux stipulations du disposant. En fait, le saisissant ne pourra que profiter des revenus pendant la vie du grevé et conserver l'espoir de devenir propriétaire si la substitution ne s'ouvre pas.

Souvent le droit de saisie des créanciers se heurtera à une clause d'insaisissabilité. Ce pourra d'abord être simplement celle prévue par l'article 581 du code de procédure : elle offre assez peu d'intérêt pour le disposant puisqu'elle est opposable aux seuls créanciers antérieurs à la libéralité. Mais ce sera beaucoup plus fréquemment une clause d'insaisissabilité de l'usufruit légué à titre alimentaire. Cette clause, nous l'avons vu, même stipulée pour la vie entière du grevé, a été reconnue licite par un jugement du tribunal de la Seine du 30 Juillet 1912 (77). L'usufruit ne sera insaisissable que jusqu'à concurrence des sommes nécessaires au grevé pour vivre suivant sa condition, et à cet égard les juges du fait possèdent un pouvoir souverain d'appréciation (78).

Dans certains cas la saisie pourra être opposée aux appelés (79). Il en sera ainsi notamment si la

(76) Paris, 3 Novembre 1893, G.P. 94.1.44.

(77) Seine, 30 Juillet 1912, précité.

(78) Paris, 3 Novembre 1893, précité.

(79) Ces cas sont sensiblement les mêmes que les exceptions admises plus haut au principe de l'opposabilité de la vente et de la transmission de droits réels aux appelés.

publicité de la substitution n'a pas été faite ou si une décision de justice a autorisé l'hypothèque ; dans l'un et l'autre cas l'adjudicataire ne saurait être inquiété. Il en sera de même pour la saisie pratiquée par un créancier à raison de dépenses faites pour la conservation des biens.

Mais il en ira autrement en cas de délit commis par le grevé. Ici la charge de conserver et de rendre qui pèse sur le bien substitué rend son insaisissabilité plus étendue que celle d'un immeuble dotal. Pour ce dernier, la jurisprudence fait une distinction suivant que le délit a été commis en dehors ou à l'occasion d'un contrat. Ici il n'y a aucune distinction à faire, les biens resteront toujours grevés de la charge de conserver et de rendre : la saisie ne sera pas opposable aux appelés.

SECTION III. — *De la prescription des biens substitués*

Du droit de propriété qui appartient au grevé sur les biens substitués, on déduit encore que la prescription courra contre lui ; mais dans quelle mesure sera-t-elle opposable aux appelés ? La question était déjà discutée dans l'ancien droit. Sur ce point l'ordonnance de 1747 ne contenait aucune disposition et le code civil n'a pas comblé cette lacune. Les auteurs distinguent généralement deux hypothèses suivant que les tiers tiennent ou non leurs droits du grevé.

Dans le cas où les tiers ne tiennent pas leurs droits du grevé, on peut relever trois systèmes principaux.

Celui de Delvincourt et de Coin Delisle qui ad-

mettent l'imprescriptibilité totale des biens à l'égard des appelés (80).

A l'opposé, celui de la plupart des auteurs plus modernes qui admettent que la prescription court dans tous les cas contre les appelés, fussent-ils mineurs, interdits ou non encore conçus, parce que seule compte celle qui court contre le grevé unique propriétaire (81).

Enfin le système intermédiaire est défendu par Demante et Colmet de Santerre : la prescription ne court contre les appelés que s'ils sont capables (82).

Dans la seconde hypothèse, lorsque les tiers qui invoquent la prescription tiennent leurs droits du grevé, deux opinions se manifestent.

Demolombe représente la première. Cet auteur déclare que les tiers acquéreurs étant prévenus par la transcription de la charge, leur propriété continue celle du grevé : ils ne pourront donc pas prescrire (83).

Mais Aubry et Rau pensent au contraire que le seul rôle que puisse jouer en cette matière la transcription serait de faire réputer les tiers acquéreurs de mauvaise foi. Comment refuser à celui qui tient ses droits du grevé ce qu'on reconnaît à l'ayant cause, à titre particulier, d'un détenteur précaire ? Cependant il faut admettre que si les appelés étaient mineurs ou interdits, la prescription serait suspendue à leur égard (84).

(80) Coin Delisle, sur les art. 1048 à 1051, N° 31.

(81) Demolombe, T.22, N° 554 bis ; Aubry et Rau, T.11, § 696, texte et note 67 ; Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3348.

(82) Demante et Colmet de Santerre, T.4, N° 213 bis, 4°.

(83) Demolombe, T.22, N° 555.

(84) Aubry et Rau, T.11, § 696, texte et note 98.

Un désaccord complet règne donc en doctrine. Quant aux décisions jurisprudentielles, elles sont fort rares. On peut seulement relever un arrêt de la chambre civile du 9 Janvier 1827 qui décide que l'acquéreur d'un immeuble grevé de substitution ne peut le prescrire contre les appelés qu'à compter du jour de l'ouverture de la substitution et que, s'il a connu la charge avant l'ouverture du droit du substitué, il ne peut pas opposer à ce dernier la prescription de 10 à 20 ans, lors même qu'il aurait été de bonne foi au moment de l'acquisition (85). Cette dernière proposition nous semble erronée, car la bonne foi au moment de l'acquisition suffit (article 2269) « mala fides superveniens non nocet usucapioni », on n'aperçoit pas la raison de décider ici autrement. Mais cette réserve faite, nous sommes entièrement d'accord pour admettre que la prescription ne doit commencer à courir contre les appelés que du jour de l'ouverture de la substitution. Cette solution nous paraît nécessaire pour assurer l'entière protection des appelés : sans elle il ne resterait que la responsabilité du tuteur qui souvent sera insuffisante. Et surtout elle nous paraît seule en harmonie avec la nature juridique du droit de l'appelé : en effet les auteurs admettent les uns que le droit de l'appelé est un droit conditionnel suspensif, les autres que c'est un droit éventuel. Or, quelque soit le système adopté, la prescription ne peut commencer à courir que du jour de l'ouverture de la substitution (86). Le code n'a pas statué directement sur le cas où le propriétaire menacé par la

(85) Civ. 9 Janvier 1827, J.Not. 1827, N° 6223 ; Rép. Dalloz, v° Substitutions, N° 404.

(86) Planiol, T. I, N^{os} 2654 et suiv. Dans ce sens, Bouzat, p. 175.

prescription possède un droit conditionnel, seul l'article 2257 déclare que « la prescription ne court point à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive » et la Jurisprudence (87) applique cet article aussi bien aux droits réels qu'aux droits de créance. Il n'existe pas de raison de se refuser à faire de même pour le droit de l'appelé. Pour ceux qui, comme nous, pensent que le droit de l'appelé n'est qu'éventuel, aucune difficulté ne peut exister, doctrine et jurisprudence admettent que de pareils droits sont imprescriptibles : ils ne sont pas encore entrés dans le patrimoine de celui qui les aura un jour. Comment dans ces conditions admettre que la prescription, soit acquisitive, soit extinctive, puisse jouer contre les appelés ?

Ainsi l'immeuble grevé de substitution ne pourra être ni aliéné, ni saisi, ni prescrit à l'encontre des appelés : sa condition se rapproche de celle de l'immeuble dotal. Comment pourrait-il en être autrement puisque le but auquel l'un comme l'autre est affecté est l'intérêt de la famille ?

(87) Cass. req. 26 Octobre 1915, S. 20.1.6. La doctrine semble plutôt en sens contraire.

CHAPITRE II

DES DROITS DES APPELÉS

La charge de conserver et de rendre qui pèse sur les biens substitués oblige à reconnaître aux appelés qui en sont les bénéficiaires un droit d'intervention contre le grevé pour le cas où celui-ci ne se conformerait pas aux obligations qui lui incombent. La jurisprudence va même plus loin ; elle accorde aux appelés dès avant l'ouverture de la substitution un droit sur les biens et leur permet d'en disposer.

SECTION I. — *Des droits reconnus aux appelés contre le grevé pour assurer l'exécution de la charge de conserver et de rendre*

Dans toute libéralité avec charge, on admet que le bénéficiaire possède une action pour exiger du donataire ou du légataire l'exécution de la charge qui lui a été imposée (1). Il n'existe aucune raison pour refuser cette action aux appelés, mais si l'una-

(1) Les legs et donations avec charge au profit d'un tiers constituent des stipulations pour autrui rentrant dans les termes de l'article 1121 ; il faut donc en appliquer les règles.

nimité s'est réalisée pour la leur reconnaître, il n'en a pas été de même pour en fixer les limites.

On ne leur conteste pas le droit de faire les actes conservatoires. D'ailleurs l'article 1057 reconnaît expressément aux appelés le droit de provoquer la déchéance du grevé qui n'aurait pas fait nommer un tuteur dans le délai d'un mois. On admet aussi que l'appelé puisse interrompre la prescription qui court au profit des tiers. Les auteurs assez nombreux d'ailleurs qui, tout en reconnaissant à l'appelé un droit conditionnel ou éventuel, admettent qu'il peut être prescrit sont forcément contraints, à moins de laisser les appelés à la merci du tuteur, de leur reconnaître ce droit.

Par contre, la jurisprudence leur refuse, quand la quotité disponible a été léguée à charge de restitution, l'action en partage et même le droit d'y intervenir. Ainsi la cour de Paris le 23 Décembre 1873 a accordé aux appelés la mise hors cause qu'ils demandaient dans l'instance en liquidation de la succession du disposant (2). Le tribunal de Tonnerre le 13 Juin 1895 leur a refusé le droit d'y intervenir, déclarant que le tuteur seul avait qualité pour défendre à l'action en liquidation de la succession du *de cuius*, et dans l'instance en homologation de partage (3).

Enfin un arrêt de la chambre des requêtes du 20 Novembre 1911 décide que le bénéficiaire d'une substitution permise est sans qualité et sans intérêt pour intervenir dans la liquidation de la succession de *de cuius* et dans l'instance en homologation de partage (4).

(2) Paris, 23 Décembre 1873, D. 76.2.124.

(3) Tonnerre, 13 Juin 1895, G.P. 95.2.35.

(4) Req. 20 Novembre 1911, D. 14.1.104, S. 13.1.502.

Cette jurisprudence ne semble pas avoir donné une solution exacte. Ici l'appelé n'exerce pas un droit direct sur les biens, il veille seulement à l'exécution de la charge dont il est bénéficiaire. Sans doute on ne conçoit pas qu'on puisse lui permettre d'intenter l'action en partage puisque celle-ci ne présente d'intérêt que pour le grevé, mais pourquoi lui refuser, s'il est capable, la surveillance d'opérations qui l'intéressent au plus haut point puisqu'elles ont pour objet de déterminer les biens qui lui seront rendus. Cependant, il faut reconnaître que la présence du tuteur, dont la responsabilité se trouverait engagée s'il se prêtait à une manœuvre frauduleuse ayant pour but de dépouiller l'appelé et l'homologation judiciaire actuellement exigée par la jurisprudence, assurent déjà une protection efficace. Elles ne nous semblent cependant pas constituer un argument suffisant pour refuser à l'appelé majeur le droit d'intervenir au partage.

Le tribunal de la Seine, le 22 Mars 1893, a aussi déclaré que l'appelé n'était pas recevable à demander la nullité d'un emploi fait par le grevé des derniers frappés de substitution tant que ses droits ne sont pas ouverts. Il nous semble cependant pour les raisons que nous venons d'indiquer que l'intervention eut dû ici aussi être admise (5).

Ces quelques exceptions mises à part, il semble que la jurisprudence admette d'une manière assez large le droit d'intervention de l'appelé pour lui permettre de veiller à l'exécution de la charge.

Il en a été notamment ainsi dans l'arrêt des carrières dont nous avons parlé plus haut. La Cour de Bordeaux, le 7 juillet 1919, a admis la recevabi-

(5) Seine, 22 Mars 1893, G.P. 93.1.484, Rép.Not. 1893, art. 7373.

lité de l'action de l'appelé et la chambre civile le 28 février 1923 a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt déclarant que le grevé « porte atteinte aux droits de l'appelé lorsque comme dans l'espèce il concède l'exploitation des carrières dans des conditions qui constituent un véritable abus de jouissance » (6).

Par contre l'appelé ne pourrait critiquer les aliénations ou constitutions de droits réels parce qu'elles ne semblent pas compromettre directement l'exécution de la charge. Toutefois, et c'est le cas même qui s'est présenté dans l'arrêt du 28 février 1923, il pourrait agir contre les tiers auxquels le grevé aurait transmis des droits et qui par l'exploitation qu'ils font des biens en altèreraient la substance.

SECTION II. — *Droits des appelés sur les biens substitués*

La jurisprudence, après une longue période d'hésitation, reconnaît aujourd'hui aux appelés la possibilité de disposer de leurs droits avant l'ouverture de la substitution.

Elle leur permet notamment d'hypothéquer ou de céder les biens du vivant du grevé. Il est d'ailleurs assez singulier que la Cour de Cassation n'ait eu à se prononcer sur cette question, pour la première fois qu'il y a seulement une vingtaine d'années.

Alors que la Cour d'Amiens dans un arrêt du 24 novembre 1915 avait reconnu la validité de l'hy-

(6) Bordeaux, 7 Juillet 1919, et Civ. 28 Février 1923, précités.

pothèque ainsi consentie, la cour de Bourges quelques mois après le 5 avril 1916, prononçait la nullité d'une cession que l'appelé avait faite de ses droits (7).

Chacun de ces arrêts donna lieu à un pourvoi. Celui formé contre l'arrêt d'Amiens fut rejeté par la chambre des requêtes le 5 juin 1918 (8) : « Attendu que les appelés ont..... un droit conditionnel de propriété subordonné à cette condition qu'ils survivront au grevé, qu'étant maîtres de disposer de ce droit, ils peuvent dans les termes de l'article 2125, constituer une hypothèque sur les biens immobiliers dont ils ne trouvent ainsi par la volonté du disposant conditionnellement propriétaires » et la cour a soin de préciser en terminant « aucun texte ne les oblige lorsqu'ils sont majeurs et maîtres de leurs droits à accomplir de pareils actes avec l'assistance du tuteur à la substitution ». L'appelé capable peut donc hypothéquer ses droits sans autres formes que celles qui s'imposent à un propriétaire ordinaire.

Quelques jours plus tard, le 10 juin 1918, la chambre civile cassait l'arrêt de la cour de Bourges (9) « Attendu qu'en se refusant ainsi à reconnaître à l'appelé un droit conditionnel sur les biens substitués pendant la durée de la vie du grevé, droit cessible par sa nature, l'arrêt attaqué a violé par fausse application les textes susvisés. »

Avant ces arrêts, les juridictions inférieures avaient reconnu à l'appelé la faculté de disposer de son droit. Ainsi le tribunal de la Seine le 7 décem-

(7) Amiens, 24 Novembre 1915, G.T. 20, 21 Novembre 1918 ; Bourges, 5 Avril 1916, D. 17.2.105, J.Not. 1917, art. 31639.

(8) Req. 5 Juin 1918, D. 19.1.90, G.T. 20, 21 Novembre 1918, Rép. Not. 1918, art. 19274.

(9) Civ. 10 Juin 1918, S. 22.1.25, G.P. 18 et 19.1.321, Rép. Not. 1918, art. 19275.

bre 1885 admettait la validité de l'hypothèque constituée à la fois par le grevé et par l'appelé et la cour d'Amiens, le 6 décembre 1892, avait jugé que l'appelé propriétaire des biens substitués sous condition suspensive pouvait valablement constituer des hypothèques soumises à la même condition (10).

Après les arrêts de cassation de 1918 les juridictions inférieures ne pouvaient que se conformer à la jurisprudence établie. Aussi la cour de Paris le 14 janvier 1926 validait-elle la cession que l'appelé avait faite de ses droits (11).

La jurisprudence permet donc à l'appelé d'hypothéquer soit seul, soit conjointement avec le grevé les biens substitués et de céder ses droits. Il ne fait aucun doute, étant donné les principes qu'elle adopte, qu'elle permettrait toutes les aliénations et toutes les constitutions de droits réels, ainsi que la renonciation faite par l'appelé au profit du grevé. (Cette dernière seule était autorisée, moyennant certaines conditions de forme, par l'article 28 de l'ordonnance d'août 1747.)

On a vu par les attendus que nous avons cités que la question de la validité de la cession de ses droits faite par l'appelé est étroitement liée à celle de leur nature juridique. Si en effet on reconnaît à l'appelé, comme l'a fait la jurisprudence un droit conditionnel suspensif, il résulte nécessairement, aux termes de l'article 2125, qu'un pareil droit est susceptible d'hypothèque. Si au contraire on admet que la substitution constitue une double transmission héréditaire, le droit éventuel de l'appelé ne pourra être qu'un droit de succession sur lequel tout

(10) Seine, 7 Décembre 1885, J.Not. 1886, art. 23540. Amiens, 6 Décembre 1892, D. 93.2.129, G.P. 93.2.3.

(11) Paris, 14 Janvier 1926, D.Heb. 26., p.241, D. 28. 2.9, note Plassard, J.Not. 1928, art. 35471.

acte de disposition constituera un pacte sur succession future. Les auteurs suivant la conception qu'ils se font admettent ou rejettent la validité des cessions et hypothèques consenties par l'appelé (12).

On essaiera de démontrer dans le titre IV que le droit de l'appelé est un droit de succession, aussi pour nous tout acte de disposition avant l'ouverture de la substitution est interdit. On n'insistera pas ici sur la nature juridique de ce droit, mais on peut déjà indiquer les graves inconvénients pratiques que présente la solution admise par la jurisprudence, et essayer de leur porter remède.

L'institution de la substitution, au lieu d'être une mesure de protection de la famille, risquera de devenir par le régime que lui donne la jurisprudence, un instrument de dilapidation. Comme le remarque très justement M. Bouzat, la prodigalité des appelés sera souvent plus à redouter que celle du grevé. Plus jeunes que le grevé et n'ayant aucune expérience, ils dilapideront peut-être dans les années qui suivront leur majorité un patrimoine que, dans l'ordre normal des choses, ils n'auraient dû recueillir que beaucoup plus tard. D'ailleurs dans leur hâte de jouir le prix auquel les droits seront aliénés leur importera peu. Ainsi dans l'espèce soumise à la Cour de Bourges, l'appelé avait aliéné pour 5.000 francs une créance de 15.000 francs et pour 20.000 une de 45.00. Et surtout « quelle signification, dirons-nous avec M. Savatier, peuvent bien alors garder les mesures légales tendant à la protection de l'appelé dans une substitution permise, c'est appeler des tiers au bénéfice d'une institution excep-

(12) Dans le sens de la validité, Aubry et Rau, T. II, § 696, p. 277.

tionnelle que le code n'a voulu faire jouer qu'au profit de la famille la plus proche » (13). L'institution de la substitution créée pour protéger cette dernière ne paraît plus devoir favoriser que les usu-riers.

La Cour de Cassation a essayé de remédier à cet état de choses et elle y a partiellement réussi lorsque l'aliénation porte sur un immeuble. Dans ce cas, elle semble se refuser à considérer le contrat comme présentant un caractère aléatoire, puisque, contrairement à ce qu'avait fait la cour de Paris le 14 Janvier 1926, elle admet la recevabilité de l'action en rescision pour lésion de plus des $\frac{7}{12}$. Et même dans un arrêt du 27 Avril 1933, elle décide que le délai de 2 ans fixé par l'article 1676 pour intenter cette action ne court que du jour de l'ouverture de la substitution. « Attendu que le grevé devant être considéré comme propriétaire des biens jusqu'à l'ouverture de la substitution, ce n'est que cet événement qui permet à l'appelé d'exercer les droits qu'il tient de la substitution » (14). Bien qu'on ne puisse que louer l'intention qui a animé la cour, on peut penser avec M. Demogue que la solution qu'elle a donnée n'est pas exacte (15). Sans doute la cour de Cassation prétend qu'il faut tenir compte seulement de la date où la condition est réalisée et où en conséquence le transfert de propriété a eu lieu ; il est aisé de lui répondre que l'article

(13) Savatier, *Rev. trim.* 1926, *Revue de jurisprudence*, p. 794.

(14) *Req.* 27 Avril 1933, *G.P.* 33.1.189, *J. Not.* 1934, art. 38020. Il est vrai qu'en l'espèce une assurance sur la vie avait été contractée par le vendeur et remise en gage à l'acheteur, mais le capital garanti par cette assurance ne s'élevait qu'à 50.000 francs, alors que la vente avait été consentie moyennant un prix de 170.000 francs.

(15) *Rev. trim.* 1933, p. 884, *Commentaire de jurisprudence*, par M. Demogue, sous *Req.* 27 Avril 1933.

1676 fait courir le délai du jour de la vente par conséquent du jour du contrat, que ce contrat ait transféré la propriété de suite ou non.

Il est d'ailleurs pour le moins singulier d'admettre que l'appelé ne puisse exercer les droits qu'il tient de la substitution qu'à compter de l'ouverture, s'il s'agit d'une action en rescision, et de lui reconnaître, comme le fait la cour de cassation dans ses arrêts antérieurs, le droit d'aliéner du vivant du grevé. Ainsi on permet l'acte, mais on refuse les actions auxquelles il peut donner naissance. Cet arrêt nous semble donc en désaccord avec ceux de 1918 : on voudrait espérer qu'il marque le début d'un revirement de jurisprudence.

Quoiqu'il en soit, dans l'état actuel, le disposant qui veut éviter que la substitution qu'il institue ne devienne un instrument de dilapidation, agira sagement en stipulant que les biens resteront inaliénables entre les mains des appelés jusqu'à ce que ceux-ci aient atteint l'âge de 25 ou 30 ans. Les tribunaux n'admettraient certainement pas une indisponibilité plus prolongée, mais on peut penser qu'ils valideraient sans difficulté la clause que nous proposons. Elle est admise aujourd'hui lorsqu'elle est imposée en dehors de toute substitution à un donataire ou à un légataire, pourrait-on la contester par ce fait qu'elle serait adjointe à une substitution et destinée à ne prendre naissance que dans un temps peut être assez long après le décès du disposant ? Nous ne le pensons pas. En effet, dans l'affaire Leprestre soumise à la cour de Cassation le 6 mai 1908 (16), il a été reconnu que la charge de capitaliser les revenus non seulement pendant la vie du grevé, mais même après sa mort jusqu'à ce que les appelés

(16) Cass. 6 Mai 1908, précité.

aient atteint l'âge de 25 ans était licite. On comprendrait difficilement que la cour de Cassation qui a admis dans ces conditions une thésaurisation des revenus qui a les plus graves inconvénients, se refusât à reconnaître la validité de la clause qui rendrait temporairement les biens inaliénables entre les mains des appelés.

L'étude du régime des biens avant l'ouverture de la substitution nous a montré que le grevé était seul propriétaire, mais que cette propriété était limitée par la charge de conserver et de rendre. Le tuteur a été placé par la loi auprès du grevé pour en assurer l'exécution, son concours est nécessaire pour tous les actes qui peuvent la compromettre. Dans les cas le plus graves, l'autorisation de justice est indispensable.

L'appelé, bénéficiaire de la charge, peut agir directement contre le grevé si le mode de jouissance que ce dernier a établi semble en compromettre l'exécution, son action, dans ce dernier cas, est donc parallèle à celle du tuteur. En outre, la jurisprudence reconnaît que l'appelé peut disposer de ses droits avant l'ouverture de la substitution, ce qui est critiqué, nous le verrons plus loin, par une très notable partie de la doctrine.

Malgré des arrêts déjà nombreux, la jurisprudence n'a pas encore fixé le régime des biens, parfois aussi, notamment dans le cas des appelés, les solutions qu'elle donne sont contraires à l'intérêt de la famille. Pour combler ces lacunes et remédier dans toute la mesure possible à des solutions néfastes, la volonté du disposant devra se manifester d'une façon expresse. Elle ne sera pas moins nécessaire, nous allons le voir, pour déterminer le régime des biens après l'ouverture de la substitution.

TITRE TROISIÈME

DE LA CONDITION DES BIENS GREVÉS APRÈS L'OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION

CHAPITRE PREMIER

DE L'OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION

Sur cette matière encore on ne peut que regretter le laconisme du code civil ; la seule disposition est l'article 1053 ainsi conçu : « Les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur, grevés de restitution cessera ; l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés, ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon ». On étudiera successivement les cas d'ouverture des substitutions et les effets qu'ils produisent.

SECTION I. — *Des cas d'ouverture des substitutions*

L'ouverture normale de la substitution est la mort du grevé. Mais cette ouverture ne pourra avoir

lieu si les appelés sont tous prédécédés, quand bien même ils auraient laissé des enfants (17). Par application de l'article 1051, il suffira qu'un seul des appelés ait survécu pour que la substitution puisse s'ouvrir. Les enfants des appelés précédés viendront alors, par représentation de leur auteur, prendre la portion qui lui serait revenue dans les biens substitués.

La substitution peut aussi s'ouvrir par la déchéance qui est prononcée contre le grevé qui n'a pas fait nommer, conformément à l'art. 1056, un tuteur dans le délai d'un mois à compter du décès du disposant. La jurisprudence semble admettre que les tribunaux sont obligés de prononcer la déchéance lorsqu'elle leur est demandée par des personnes ayant qualité. Certains auteurs avaient bien essayé d'invoquer les termes de l'article 1057 déclarant que « le droit *pourra* être déclaré ouvert ». La chambre des requêtes s'attachant aux mots « le grevé sera déchu » a décidé qu'on dirait en vain que l'article 1057 a seulement accordé au juge une faculté. Il n'y a pas à distinguer si l'omission a été ou non préjudiciable aux appelés, le laps de temps écoulé, les juges ne peuvent se refuser à prononcer la déchéance (18).

L'abandon anticipé fait par le grevé constitue un troisième cas d'ouverture. Il peut être réalisé soit

(17) Ce point montre bien que le droit de l'appelé n'est pas un droit sous condition suspensive, car alors, se trouvant dans le patrimoine de l'appelé, il aurait été transmis à ses héritiers.

(18) Req. 17 Avril 1843, S. 43.1.497. Dans le même sens, Riom, 4 Juin 1847, J.Not. 1847, art. 13128 ; Orléans, 9 Avril 1867, D. 67.2.57. Mais cette déchéance n'a pas lieu quand on omet de remplacer le tuteur primitivement nommé dans le délai légal. Req. 22 Décembre 1875, D. 76.1.208, S. 76.1.28.

par une simple démission de biens, soit plus souvent par un partage anticipé que le grevé fera entre les appelés (19). Dans ce dernier cas, il ne fait aucun doute que les conditions de forme requises pour la validité des donations doivent être exigées à peine de nullité ; la simple démission de biens au contraire portant renonciation à un droit constitue une donation indirecte et ne semble pas soumise aux conditions de forme : acte notarié et acceptation expresse du donataire. En tous cas le fisc ne s'y trompera pas : le droit de donation sur la valeur en pleine propriété des biens abandonnés sera exigible (20).

Les auteurs citent encore deux autres cas où la jouissance du grevé cessera : en cas de révocation de la libéralité soit pour ingratitude, soit pour inexécution des charges (21), et à l'arrivée du terme ou de la condition dans le cas où le disposant a fixé pour la restitution une époque autre que la mort du grevé. On peut cependant hésiter à reconnaître dans ce dernier exemple une substitution, car un des traits essentiels, la double transmission héréditaire, fait défaut.

SECTION II. — *Des effets de l'ouverture des substitutions*

L'ouverture de la substitution produit deux effets : en premier lieu, de quelque manière qu'elle

(19) Caen, 3 Mars 1860, D. 60.2.65.

(20) Melun, 22 Février 1901, D. 01.5.268.

(21) La révocation pour survenance d'enfant atteindrait, d'une manière indivisible, la disposition toute entière dont elle entraînerait la disparition, elle ne serait donc pas un cas d'ouverture de la substitution.

se produise elle met fin aux droits du grevé, il faudra donc procéder à un règlement entre le grevé ou sa succession et les appelés ; en second lieu, elle rend inopposables aux appelés les droits qui ont été consentis par le grevé sur les biens, mais nous verrons qu'il faut faire une distinction suivant que la substitution s'ouvre par la mort du grevé ou par un autre mode.

Du jour de l'ouverture de la substitution, le droit de propriété du grevé prend fin (22), il en est de même de son droit de jouissance qui n'est que la conséquence du premier, sauf bien entendu la validité des baux que le grevé a pu consentir dans les limites dont nous avons parlé plus haut.

En cas d'ouverture par le décès du grevé, les auteurs discutent depuis quel jour l'appelé a droit aux fruits. En l'absence de toute jurisprudence, on peut distinguer trois systèmes.

Le premier qui a été défendu par Duranton (23), veut transporter ici les règles établies par le code en matière de legs et distinguer suivant que la substitution est universelle, à titre universel ou à titre particulier.

Le second admis par Aubry et Rau (24) exige

(22) On a parfois soutenu, au cas d'abandon anticipé du grevé, que l'expression de l'article 1053 « abandon anticipé de la jouissance » devait être prise à la lettre et que le grevé conservait la propriété des biens abandonnés. Par suite, ceux-ci devraient lui être restitués si les appelés décédaient avant lui. Cette interprétation, qui avait été donnée par un arrêt de la Cour de Paris, n'a pas été admise par la chambre civile qui a cassé l'arrêt de la cour de Paris le 24 Juin 1889 (D. 90. I. 17).

(23) Duranton, T. 9, N 611.

(24) Aubry et Rau, T. 11, § 696, texte et note 78.

dans tous les cas une demande en restitution pour l'acquisition des fruits.

Le dernier auquel nous nous rallierons est adopté notamment par Baudry Lacantinerie et Colin et par Demolombe. Ces auteurs décident que les appelés ont toujours droit aux fruits à compter de l'ouverture de la substitution, sans qu'ils soient obligés de former une demande en délivrance (25).

A l'appui de leur opinion, ces auteurs invoquent non seulement l'article 1053 duquel il paraît bien découler qu'aucune demande n'est nécessaire, (26) mais surtout le fait que, dans notre droit, les appelés étant toujours les enfants du grevé et la nécessité d'une demande ne se concevant qu'en cas de renonciation à la succession du grevé ou d'acceptation bénéficiaire, il leur faudrait dans le premier cas former une demande contre le curateur à la succession vacante ou contre l'Etat et dans le second contre eux-mêmes. Mieux vaut donc n'exiger dans le silence de la loi aucune forme spéciale.

Surtout il sera nécessaire, dans tous les cas d'ouverture de la substitution, sauf celui de mort du grevé suivi d'acceptation pure et simple de sa succession, de procéder à un règlement entre le grevé ou ses héritiers d'une part et les appelés d'autre part.

Une contestation sera d'abord possible si les appelés prétendent que les biens qu'on leur remet ne sont pas les seuls grevés de substitution. Pour

(25) Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3390 ; Demolombe, T.22, N° 617 ; Laurent, T.14, N° 590.

(26) Sans doute, l'article 40 de l'ordonnance de 1747 imposait aux appelés une demande en délivrance, cette formalité pouvait être utile dans une législation où l'appelé n'était pas forcément l'enfant du grevé.

soutenir leur demande, ils devront utiliser l'inventaire prescrit par l'article 1058 et à défaut les auteurs admettent qu'ils seraient autorisés à faire la preuve de la consistance des biens par tous les moyens, même par commune renommée. C'est là la sanction ordinaire de l'obligation de faire inventaire (27).

Ensuite, il faudra procéder au règlement des comptes entre le grevé et les appelés.

On a indiqué plus haut, lors de la comparaison entre la situation du grevé et celle de l'usufruitier, que le grevé était de par la charge de conserver qui pèse sur lui, obligé d'effectuer les grosses réparations. La plupart des auteurs lui reconnaissent le droit d'en répéter le montant contre les appelés. M. Bouzat le lui refuse prétendant qu'il y a là une charge de la libéralité. Cette opinion ne nous semble pas admissible, il faut assimiler les grosses réparations aux impenses nécessaires : le grevé (ou sa succession) devra être indemnisé par l'appelé pour la totalité de la somme dépensée (28).

Pour les impenses utiles, l'appelé ne devra qu'une indemnité égale à la plus value conférée aux biens au jour de l'ouverture de la substitution, et à notre avis sous cette condition que les impenses aient été faites en conformité avec la destination économique. S'il s'agissait d'innovations même utiles, leur répétition ne pourrait être admise contre les appelés.

Il est à peine besoin d'ajouter que pour les im-

(27) Baudry Lacantinerie, T.2, N° 3290 ; Laurent, T.14, N° 548 ; Demolombe, T.22, N°s 483 et suiv.

(28) Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3353 ; Demolombe, T.22, N° 567 ; Laurent, T.14, N° 577 ; Bouzat, p.167.

penses voluptuaires, rien ne pourrait leur être réclamé.

L'opinion de la majorité des auteurs est en ce sens (29). M. Bouzat est à peu près seul à soutenir que l'article 599, relatif à l'usufruitier, doit recevoir application (30). Cet auteur prétend que les raisons qui ont motivé cet article sont valables ici : on évitera des contestations lors de l'ouverture de la substitution et on parera à l'injustice qu'il y aurait à obliger les appelés à payer des sommes élevées qu'il leur serait peut être impossible de se procurer.

Sans méconnaître la valeur de ces arguments, on peut penser que l'article 599 étant un texte exceptionnel ne peut être appliqué qu'à l'usufruitier et non au grevé. D'ailleurs, il ne faudrait pas plus tenter de comparer la situation du grevé à celle du locataire qui n'est qu'un simple détenteur. Le grevé est propriétaire, et ce serait lui refuser un des attributs essentiels de son droit que de ne pas lui permettre de profiter de la plus value qu'il a conférée aux biens, sous réserve toutefois de conserver la destination économique que le disposant leur a donnée (31).

Le grevé pourra ainsi se trouver créancier des appelés, mais il arrivera bien plus souvent qu'il sera débiteur. Le grevé pense rarement à améliorer les biens substitués, il préfère souvent, ne pouvant en fait les aliéner, essayer d'en tirer le maximum de profit au risque d'épuiser la substance. Il ouvrira des carrières, coupera des futaies, s'abstiendra de

(29) Demolombe, T.22, N° 568 ; Laurent, T.14, N° 578 ; Baudry Lécantinerie et Colin, T.2, N 3354.

(30) Bouzat, p. 166.

(31) Cette réserve admise, il sera assez rare que les appelés soient obligés de décaisser une somme très importante à l'ouverture de la substitution.

faire les réparations urgentes. Nous avons vu que la jurisprudence reconnaît aux appelés le droit d'intervenir dès avant l'ouverture de la substitution pour empêcher le grevé de continuer une exploitation abusive. A défaut, à l'ouverture, les appelés pourront exercer une action en dommages-intérêts contre le grevé ou sa succession ; souvent ils se heurteront à son insolvabilité, ils pourront alors avoir un recours subsidiaire contre le tuteur qui n'aurait pas veillé à l'accomplissement de la charge. (Art. 1073).

L'effet essentiel de la substitution est de rendre inopposable aux appelés les aliénations et constitutions de droits réels consenties par le grevé. Il convient d'étudier les conditions d'application de ce principe et les exceptions qu'il comporte.

Si l'appelé a accepté purement et simplement la succession du grevé, ce qui sera en pratique extrêmement fréquent puisque dans le régime actuel des substitutions l'appelé ne peut être que l'enfant du grevé, pourra-t-il méconnaître les actes d'aliénation accomplis par le grevé.

L'article 31 du titre 2 de l'ordonnance de 1747 décidait que le fait pour l'appelé d'être héritier pur et simple du grevé ne l'empêchait pas en principe de critiquer les droits consentis par ce dernier (32). Dans le silence du Code civil doit-on admettre le maintien de cette disposition ?

Quelques auteurs, tels que Toullier et Grenier, ont pensé que les rédacteurs du code civil ayant consacré l'essentiel des dispositions de l'ordonnance de

(32) Isambert, *Anciennes coutumes de la France*, T.22, p. 193.

1747, on doit admettre que si leur intention avait été de rompre avec l'une d'entre elles aussi importante, ils l'auraient fait expressément (33).

Mais la majorité de la doctrine rejette cette opinion (34). Elle remarque, en effet, que les anciens auteurs avaient déjà constaté que l'article 31 du titre 2 était contraire aux principes généraux et exorbitant du droit commun (35). Il est en effet en opposition avec l'un des principes fondamentaux de notre droit successoral, à savoir que l'héritier pur et simple ne peut pas plus évincer l'acquéreur que n'aurait pu le faire le *de cujus* lui-même. On ne peut donc présumer le maintien implicite d'une disposition aussi exceptionnelle. Il faut ajouter que l'article 31 était fondé sur l'idée de conservation à tout prix des biens en nature. L'esprit qui a animé les rédacteurs du code civil semble assez différent ; il s'agit plutôt de protéger les appelés contre la prodigalité du grevé.

La jurisprudence n'a eu que rarement à se prononcer sur cette question.

Un arrêt de la cour d'Amiens du 6 Décembre 1892 (36) a décidé que l'appelé qui a accepté purement et simplement la succession ne peut évincer les tiers des droits qu'ils ont acquis en traitant avec le grevé et en particulier obtenir la résolution d'une hypothèque.

Mais plus récemment, le tribunal de la Seine,

(33) Toullier, T.5, N° 769 ; Grenier, T.3, N° 382.

(34) Demante et Colmet de Santerre, T.4, N° 214 bis 1° : Demolombe, T.22, N° 594 ; Baudry Lœcantinerie et Colin. T.2, N° 3382 ; Aubry et Rau, T.11, § 696, texte et note 97.

(35) Furgole, Ordonnance de Louis XV sur les substitutions, tit.2, art. 31.

(36) Amiens, 6 Décembre 1892, D. 93.2.129, G.P. 93.2.3.

le 26 Mai 1922, dans un jugement dont on a déjà parlé plus haut, a été beaucoup moins formel (37). Il fait une distinction fort judicieuse qui n'est que l'application à la substitution du système établi par la cour de cassation en matière de baux passés par l'usufruitier (38). Si le grevé de substitution s'est présenté aux tiers comme tel, ses obligations s'éteindront à sa mort ; s'il s'est présenté comme propriétaire pur et simple, ses obligations se transmettront à son héritier qui, tenu de la garantie, ne pourra évincer.

Sans doute on a objecté que la substitution devant, aux termes de l'article 1069, être transcrite, est opposable à tous, même à ceux que le grevé n'aurait pas personnellement renseignés. Le tribunal a répondu que les appelés, héritiers purs et simples du grevé, ne peuvent pas plus opposer ce moyen que ne le pourrait le grevé lui-même (39). Le jugement s'est d'ailleurs montré, sur la connaissance que doivent avoir les tiers particulièrement exigeant ; il n'admet que celle donnée au moment de l'acte, il a déclaré insuffisant le seul fait qu'un des locataires avait servi de témoin au testament, instituant la substitution.

Cette solution admise par M. Plassard a été critiquée par M. Bouzat (40) qui est partisan du maintien du système de l'ordonnance de 1747. La protection des appelés, dit-il, doit être aussi forte que dans l'ancien droit : la seule différence consiste en

(37) Seine, 26 Mai 1922, D. 25.1.149, Note Plassard, Rép. Not. art. 20238, J. Not. art. 33389.

(38) Req., 1^{er} Avril 1897, D. 98.1.76.

(39) Il est en effet de principe que la transcription ne produit pas d'effets *inter partes*.

(40) Bouzat, p. 171.

ce que les substitutions sont moins généralisées qu'autrefois, elles sont restreintes au cas où l'intérêt familial l'exige. Surtout admettant l'indisponibilité réelle des biens substitués, M. Bouzat en déduit que ceux-ci ne peuvent être transmis qu'affectés de la charge qui les grève.

On verra plus loin que si les biens substitués sont frappés d'une charge réelle, il est difficile d'admettre qu'il s'agisse d'une indisponibilité. La solution de M. Bouzat ne semble pas admissible. Comment admettre que le grevé ne puisse, lui-même, méconnaître l'aliénation qu'il a faite, et reconnaître à son successeur pur et simple un droit qu'il ne possède pas lui-même. Nous avouons que la solution de M. Bouzat nous séduit, nous voudrions pouvoir l'admettre ; mais elle est trop contraire aux principes du droit pour pouvoir être adoptée sans texte (41).

La solution nuancée du tribunal de la Seine nous semble adéquate. Mais il ne faut pas la restreindre comme semble l'indiquer le jugement au seul cas d'un bail passé par le grevé, mais l'étendre à tous les actes d'aliénation quels qu'ils soient.

Ceci admis, il est bien évident que, dans la plupart des cas, le grevé ne déclarera pas la charge qui pèse sur le bien, il ne restera à l'appelé que la ressource de l'acceptation bénéficiaire. Il n'en sera plus de même à notre avis, et l'appelé pourra méconnaître les aliénations faites par le grevé, même en cas d'acceptation pure et simple de sa succes-

(41) Si on veut reconnaître aux appelés le droit de méconnaître les aliénations faites par le grevé quand ils ont accepté sa succession purement et simplement, il faut accorder le même droit au grevé. M. Bouzat semble se contredire quand il reconnaît aux uns ce qu'il refuse à l'autre.

sion, si le déposant a pris soin d'adjoindre à la substitution une clause d'inaliénabilité portant sur la propriété elle-même. Ces clauses, d'après la jurisprudence, entraînent une indisponibilité réelle du bien et le bénéficiaire peut demander lui-même la nullité de l'aliénation qu'il aurait faite au mépris de la charge. Cette action que le grevé possède lui-même, il la transmettra à ses héritiers. On ne saurait refuser aux appelés le même droit qu'à leur auteur. Une réserve doit cependant être admise : la jurisprudence n'admet la validité de la clause d'inaliénabilité que dans la mesure où elle est temporaire. Il sera donc impossible de la stipuler pour toute la vie du grevé. L'appelé, acceptant purement et simplement la succession, ne pourra méconnaître l'aliénation que si elle a été faite pendant la période d'indisponibilité.

Même dans les cas où en principe les appelés peuvent méconnaître les aliénations faites par le grevé, il en est certaines qui sont définitives et leur sont opposables : nous ne reviendrons pas sur cette question qui a été étudiée plus haut. Mais il est nécessaire d'insister sur le texte de l'article 1053 « l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon ».

Cette disposition n'est que l'abrégé de l'article 42 de l'ordonnance de 1747 qui stipulait : « La restitution du *fideicommiss* faite avant le temps de son échéance, par quelque acte que ce soit, ne pourra empêcher que les créanciers du grevé de substitution qui seront antérieurs à ladite remise ne puissent exercer sur les biens substitués les mêmes droits et les mêmes actions que s'il n'y avait point eu de restitution anticipée, et ce jusqu'au temps où le *fidei-*

commis devra être restitué; ce qui aura lieu même à l'égard des créanciers chirographaires, pourvu que leurs créances aient une date certaine avant la dite remise. »

Ce texte constitue un excellent commentaire de l'article 1053. Il est donc certain, qu'aujourd'hui comme sous l'ancien droit, les créanciers hypothécaires ou même chirographaires sont en droit d'exercer les mêmes actions que s'il n'y avait pas eu abandon anticipé, sans qu'il leur soit nécessaire de démontrer que l'abandon anticipé a été fait en fraude de leurs droits. Il ne s'agit donc point d'une simple application de l'action paulienne. Il est à peine besoin d'ajouter que les tiers acquéreurs ne pourraient être inquiétés du vivant du grevé et demeureraient même propriétaires incommutables au cas où tous les appelés décèderaient avant le grevé (42).

Interprétant l'article 1053, la chambre civile a décidé, le 24 Juin 1889, que l'acquéreur d'un immeuble qui tient ses droits de l'appelé, auquel le grevé en avait volontairement fait l'abandon, peut purger les hypothèques procédant du chef du grevé (43). Vainement on invoquerait qu'ainsi l'abandon anticipé produit effet à l'égard des créanciers hypothécaires, l'essentiel est qu'il ne puisse leur nuire. Peu leur importe que les biens grevés de substitution appartiennent à telle personne plutôt qu'à telle autre, pourvu qu'ils puissent exercer leur droit de gage. D'ailleurs, de quoi se plaindraient-ils si l'appelé leur offre le prix de la pleine propriété

(42) Demolombe, T.22, N° 636 ; Aubry et Rau, t.11, § 696, texte et note 91 ; Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3367.

(43) Civ. 24 Juin 1889, D. 90.1.17, S. 91.1.225, J.Not. 1891, art. 24666.

(sauf à eux, s'ils le trouvent insuffisant, de surenchérir du dixième) alors qu'ils n'avaient pour gage qu'une propriété grevée de la charge de conserver et de rendre. D'ailleurs, si l'article 1053 prévoit le cas d'abandon anticipé de la jouissance du grevé, et s'il dispose que cet abandon ne pourra préjudicier à ses créanciers, cette hypothèse n'est pas la seule où ceux-ci puissent faire valoir leurs droits. Il doit en être de même au cas de déchéance prononcée contre le grevé à raison de défaut de nomination du tuteur (44).

(44) Colmar, 14 Août 1840, S. 42.2.102, D. 42.2.119.

CHAPITRE II

DE LA CONDITION DES BIENS ENTRE LES MAINS DES APPELÉS

L'examen de cette question impose une distinction essentielle entre les cas d'ouverture de la substitution. Alors que la mort du grevé produit des effets définitifs, les autres modes d'ouverture laissent subsister une incertitude sur le nombre des appelés qui existeront au moment du décès.

La mort du grevé produit des effets définitifs : les biens substitués deviendront donc immédiatement disponibles entre les mains des appelés. Toutefois nous avons admis plus haut — pour parer à la jurisprudence qui leur reconnaît la possibilité d'aliéner leurs droits du vivant du grevé — que le disposant devrait stipuler une inaliénabilité jusqu'à ce que les appelés aient atteint l'âge de 25 ou 30 ans. Cette inaliénabilité peut produire son effet, non seulement du vivant du grevé, mais encore après son décès si les appelés n'ont pas atteint l'âge fixé par le disposant. La validité de cette clause ne saurait à notre avis faire de doute, puisqu'elle a été expressément admise par la chambre des requêtes le 6 Mai 1908 pour la capitalisation des revenus bien plus gênante que l'inaliénabilité de la propriété (1).

(1) Req. 6 Mai 1908, précité.

Dans tous les autres cas d'ouverture, la charge de conserver et de rendre continue à frapper les biens substitués jusqu'au décès du grevé : c'est là la sanction nécessaire du principe d'ordre public posé par l'article 1050 de l'égalité entre les appelés, sans exception d'âge ni de sexe.

La jurisprudence interprète ce texte d'une façon si rigoureuse que la cour de Paris, dans un arrêt tout récent, a décidé que l'égalité entre les appelés était violée par ce seul fait que la disposante avait décidé que telle propriété serait comprise pour un prix déterminé dans la part de l'un des appelés. Si l'estimation n'était pas entachée de fraude, on comprend difficilement comment cette attribution pouvait constituer une préférence (2).

Si cette règle est d'ordre public, elle doit s'imposer à tous, au grevé comme au disposant. Il est donc impossible d'admettre que par une déchéance qu'il aura peut-être recherchée, ou mieux par un abandon anticipé réalisé au moment opportun, le grevé puisse impunément violer la règle d'égalité entre les appelés. Celle-ci exige que la charge de conserver et de rendre, qui pesait sur les biens lorsque ceux-ci se trouvaient entre les mains du grevé, continue jusqu'à sa mort à les frapper, même s'ils sont entre les mains des appelés.

La jurisprudence n'a pas toujours admis cette opinion. Un jugement du tribunal de Soissons du 15 Juin 1910 a décidé, qu'en cas d'abandon anticipé, les appelés existants doivent être immédiatement mis en possession. Personne ne saurait d'ailleurs contester cette première proposition. Mais le tribunal a cru pouvoir ajouter que les appelés qui

(2) Paris, 20 Janvier 1937, J.Not. 1938, art. 39566.

viendraient à naître n'exerceraient qu'un simple droit de créance et qu'en conséquence le remploi prescrit par le testateur en rentes sur l'Etat n'était plus obligatoire (3).

A l'appui de sa thèse, le tribunal de Soissons invoque que le maintien des précautions prises contre le grevé semble en désaccord avec l'intention du législateur, qui ne paraît pas avoir songé à les imposer aux appelés entre eux lorsque le grevé a disparu, et que de la mise en possession immédiate des appelés existants, il semble résulter que ceux à naître n'ont qu'un simple droit de créance.

Cette solution a été approuvée par M. Hémard dans un commentaire paru dans la Revue Trimestrielle : « Les appelés éventuels, dit-il, doivent être considérés comme n'ayant qu'un simple droit de créance éventuel, un droit qui naîtra avec eux et ce droit ne saurait être par avance protégé en exigeant l'observation des mesures prescrites contre le grevé » (4).

En sens opposé, on peut relever un jugement du tribunal de la Seine du 12 Mai 1898, portant que l'aliénation d'un titre de rente ne devait pas être autorisée car elle ferait échec aux droits des enfants à naître (5).

(3) Soissons, 15 Juin 1910, Rép. Not. 1910, art. 16830. G.P. 1910.2.417.

(4) Rev. trim. 1910, p. 867, Commentaires de jurisprudence, par Hémard.

(5) Seine, 12 Mai 1898, Le Droit, 12 et 13 septembre 1898. Ce jugement n'a pas été rendu dans une espèce où il y avait eu abandon anticipé, mais seulement demande d'aliénation conjointe par le grevé et les appelés (la jurisprudence admettant généralement ceux-ci à disposer de leurs droits avant l'ouverture). Il semble évident que la réserve du droit des appelés à naître qui y est faite eût été la même s'il s'était agi d'un abandon anticipé. Autrement il serait trop facile

Cette dernière solution nous paraît seule admissible. On peut invoquer en sa faveur l'opinion de MM. Colin et Capitant qui déclarent : « L'abandon ne saurait préjudicier aux appelés non encore nés. Par conséquent l'appelé bénéficiaire de l'abandon ne recevra que provisoirement, à charge de restituer leur part au moment de la mort du grevé, aux autres appelés qui seraient vivants à cette époque. En attendant les mesures prises dans l'intérêt de la conservation des biens devront continuer à recevoir exécution » (6). La thèse de M. Bouzat est dans le même sens (7).

Si on admet, comme l'a fait le tribunal de Soissons, que le droit des appelés à naître consiste dans une simple créance sans aucune garantie, il est à craindre qu'au décès du grevé les appelés nés postérieurement à l'abandon ou à la déchéance n'aient qu'un titre vide, sans possibilité de recouvrer ce que la loi voulait leur voir attribuer. D'ailleurs cette opinion ne consent à reconnaître dans la substitution qu'un seul des motifs qui ont pu l'inspirer, le plus fréquent certes, mais non le seul, la défiance à l'égard du grevé ; alors qu'elle peut avoir été faite dans un but de conservation d'un bien dans une famille. Surtout elle méconnaît le principe fondamental de notre droit actuel : la transmission égale du patrimoine substitué à tous les appelés. Une clause qui stipulerait que les biens reviendraient aux appelés existants à telle époque serait nulle si les droits

pour le grevé de faire abandon de ses droits (s'il suffisait de cette seule forme pour mettre en échec le droit des appelés à naître) et de procéder ensuite à la vente par les seuls appelés.

(6) Colin et Capitant, T.3, N° 1270.

(7) Bouzat, p. 184.

des appelés à naître n'étaient pas réservés (8). Comment dès lors admettre que la seule volonté du grevé puisse, en faisant disparaître la charge, tenter d'obtenir un résultat identique ?

La charge de conserver et de rendre qui grève les biens substitués, produit, à l'ouverture de la substitution, des effets d'abord entre les appelés et le grevé. Celui-ci devra indemniser les appelés des détériorations que les biens auront subies par sa faute, mais elle n'impose que la conservation, et les appelés ne sauraient profiter sans indemnité de la plus-value conférée aux biens, pourvu que leur destination n'ait pas été modifiée.

Elle produit surtout ses effets à l'égard des tiers ; elle permet aux appelés, sauf cas exceptionnels, de méconnaître les transmissions de droits effectués par le grevé à son mépris.

Elle continue à peser sur les biens entre les mains des appelés, lorsque l'ouverture de la substitution n'a pas produit d'effets définitifs, car elle seule permet de sauvegarder l'égalité entre les appelés.

(8) Baudry Lacantinerie, T.2, N° 3377 ; Laurent, T.14, N° 586 ; Demolombe, T.22, N° 647.

TITRE QUATRIÈME

DE LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DU GREVÉ ET DE L'APPELÉ DANS LA SUBSTITUTION PERMISE

Au cours de cette étude, on a surtout examiné les solutions fournies par la jurisprudence, et recherché si elles paraissent conformes à la fois à la charge de conserver et de rendre dont le législateur a fait la base du régime des biens substitués et aux légitimes désirs du disposant. Il nous appartient maintenant de tenter une explication.

La condition des biens substitués ne peut être définie que par l'analyse de la nature juridique des droits qui appartiennent au grevé et aux appelés.

Après avoir essayé de dégager la tendance de la jurisprudence, on examinera quelques-uns des systèmes proposés par les auteurs. Il conviendra enfin d'apporter une contribution à l'édification d'une théorie qui doit, pensons-nous, avoir pour fondement le but en vue duquel la substitution a été créée.

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE

L'étude de la Jurisprudence est, il faut le reconnaître, assez décevante. Les tribunaux recherchent à peine la nature juridique du droit du grevé et de l'appelé dans la substitution. Lorsqu'ils s'y résignent, ils semblent ne le faire qu'*a posteriori*, pour donner un fondement à une décision, adoptée à l'avance, qui leur a paru la plus opportune ou la plus acceptable. Dans ces conditions, il sera évidemment assez difficile de dégager les principes auxquels la jurisprudence obéit.

Un point semble cependant pour elle hors de controverse : elle reconnaît au grevé la qualité de propriétaire, en conséquence elle admet qu'il peut valablement disposer des biens substitués et que ceux-ci sont saisissables entre ses mains (sauf l'opposition du droit des acquéreurs aux appelés si la substitution vient à s'ouvrir) (1).

Ceci admis, les décisions ne sont d'accord, ni sur le caractère spécial de propriété qui appartient au grevé, ni sur la nature juridique du droit de l'appelé (2).

(1) Req. 5 Mai 1830, Civ. 20 Janvier 1840, Paris, 25 Juillet 1850, Douai 18 Mars 1852, Caen 12 Juin 1854, Metz 13 Juillet 1865, Orléans 1^{er} Février 1876, Bordeaux, 3 Mai 1877, Req. 18 Mars 1884, 7 Avril 1886 et 13 Novembre 1893, Civ. 6 Mars 1912, Amiens 24 Novembre 1915, Bourges 5 Avril 1916, Req. 5 Juin 1918. Précités.

(2) M. Bouzat s'est livré à une classification extrêmement intéressante des arrêts en cette matière, op. cit., p. 47.

Examinons d'abord les décisions rendues par les cours d'appel et les tribunaux. Généralement, le grevé y est considéré comme propriétaire sous condition résolutoire et l'appelé sous condition suspensive. L'événement incertain, auquel sont subordonnés les droits respectifs du grevé et de l'appelé, consiste dans la survie de ce dernier. S'il se réalise, le grevé est réputé n'avoir jamais été propriétaire, l'appelé avoir acquis rétroactivement la propriété du chef du disposant.

On relève en ce sens un jugement du tribunal de Compiègne du 3 Août 1892, deux arrêts de la cour d'Amiens, l'un du 6 Décembre 1892 et l'autre du 24 Novembre 1915, enfin un jugement du tribunal de la Seine du 29 Juin 1923 (3).

D'autres décisions plus nombreuses se contentent d'affirmer le droit de propriété sous condition résolutoire du grevé, sans préciser la nature juridique de celui de l'appelé. Ainsi les arrêts de la cour de Paris du 25 Juillet 1850, du 3 Novembre 1893 et du 14 Janvier 1926, de celle de Caen du 12 Juin 1854 et du 3 Mars 1860.

Il en est, enfin, qui, reconnaissant le même droit au grevé, n'accordent à l'appelé qu'« un droit éventuel » (Metz, 13 Juillet 1865), qu'« une simple espérance » (Orléans, 1^{er} Février 1876), ou qu'« un droit éventuel soumis à la réalisation d'une condition » (Bordeaux, 3 Mai 1877).

Il n'y a guère qu'un arrêt de la cour de Paris du 12 Juin 1847 qui qualifie sans restrictions le grevé de « propriétaire à charge de conserver et de rendre ».

(3) Toutes ces décisions et celles qui suivent ont été déjà citées, on ne donnera donc pas ici les références.

La jurisprudence de la cour de cassation, tout au moins celle de la chambre civile, semble avoir subi une évolution assez sensible dont on ne peut que se féliciter.

La chambre des requêtes a longtemps utilisé la même formule pour définir la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé. On la retrouve en termes absolument identiques dans les arrêts du 5 Mai 1830, du 18 Mars 1884 et du 7 Avril 1886 ; elle est la suivante : « Attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 1048 à 1053 du code civil que les droits des appelés ne s'ouvrent qu'au moment où ceux du grevé de la charge de rendre cessent d'exister ; que la propriété, ne pouvant être flottante et incertaine, les droits qui en découlent résident dans les mains du grevé, sauf l'expectative des appelés auxquels n'affère qu'un droit purement éventuel et subordonné ». Mais dans ces trois arrêts, après cette formule qui semble excellente, on parle de la propriété sous condition résolutoire qui appartient au grevé, et surtout la cour ne semble pas, au moins dans les arrêts de 1884 et 1886, déduire les conséquences du droit éventuel des appelés puisqu'elle leur accorde le droit d'hypothéquer. Cela, il est vrai, lui permettait de reconnaître les prétentions du fisc, puisque, dans ces conditions, le grevé, adjudicataire des immeubles ayant intérêt à les purger des hypothèques nées du chef des appelés, se trouvait contraint de payer le droit de transcription.

Dans les arrêts postérieurs, on continue à qualifier le grevé de propriétaire des biens substitués, on parle de propriété actuelle (13 Novembre 1893). Il n'est plus question de condition résolutoire ni d'effet rétroactif. « Ainsi le langage de la cour suprême est significatif », déclarent Baudry Lacanti-

nerie et Colin (4). Quant à l'appelé, son droit est qualifié de « droit éventuel » (22 Janvier 1906) ou de « droit éventuel soumis à la réalisation d'une condition » (13 Novembre 1893). Il faut attendre l'arrêt du 5 Juin 1918 pour voir la chambre des requêtes abandonner la théorie du droit éventuel pour celle du droit conditionnel. La cour, on s'en souvient, était saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la cour d'Amiens qui, adoptant le système de la double condition, avait reconnu à l'appelé le droit d'hypothéquer les biens avant l'ouverture de la substitution. Le pourvoi fut rejeté « Attendu que si les droits des appelés ne sont ouverts qu'à l'époque où cesse sa jouissance (celle du grevé), les appelés ont, par contre, ces mêmes biens, un droit conditionnel de propriété subordonné à cette condition qu'ils survivront au grevé... qu'étant maîtres de ce droit, ils peuvent, dans les termes de l'article 2125, constituer une hypothèque ».

Depuis cet arrêt, la chambre des requêtes n'a pas eu l'occasion de se prononcer nettement ; cependant, le 27 Avril 1933 (dans une affaire de rescision pour lésion de plus des sept douzièmes que nous avons étudiée plus haut), elle a décidé, en cas de vente par l'appelé avant l'ouverture de la substitution, que le délai pour exercer l'action ne courait que du jour de l'ouverture de la substitution « Attendu que ce n'est que cet événement qui permet à l'appelé d'exercer les droits qu'il tient de la substitution ». Faut-il voir là un revirement de jurisprudence ? On voudrait l'espérer, mais on peut en douter (5).

(4) Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, N° 3342.

(5) Malgré les termes qu'elle emploie, il semble bien que la cour persiste à admettre la théorie du droit conditionnel

Les arrêts de la chambre civile sont extrêmement rares. Le 6 Mars 1912, dans une affaire fiscale — il s'agissait toujours de savoir si, en cas de licitation au profit du grevé, le droit de transcription était exigible — la chambre civile aurait pu préciser sa conception de la nature juridique du droit du grevé et de l'appelé ; elle s'est bien gardé de la faire, et elle a pu casser le jugement du tribunal de la Seine du 8 Juillet 1905 pour le motif que, d'après la cour, contrairement à ce que prétendait le tribunal, il n'existe pas entre grevé et appelé d'indivision, même éventuelle. N'ayant pas d'idées précises sur le droit de l'appelé, la chambre civile garde silence sur une question embarrassante à laquelle rien ne la forçait à répondre.

Il n'en fut pas de même le 10 Juin 1918, où fut cassé l'arrêt de la cour de Bourges du 5 Avril 1916. La chambre civile, voulant accorder à l'appelé le droit de disposer des biens avant l'ouverture de la substitution, fut contrainte de lui reconnaître un droit conditionnel. « Attendu que le droit de l'appelé est avant l'ouverture de la substitution un droit conditionnel, surbordonné à la survie de l'appelé au grevé, que ce droit procède directement du disposant, non d'une vocation à la succession du grevé, que dès lors les actes d'aliénation ou de cession consentis par l'appelés ne sont pas des pactes sur succession future prohibés par l'article 1130 du code civil. »

Ainsi pour la première fois, la chambre civile se prononçait nettement sur la nature juridique du

de l'appelé; en effet, cet arrêt ne semble n'être qu'une conséquence de celui du 2 Novembre 1928 (G.P. 29.1.1928) qui, en cas de vente sous condition suspensive, ne fait courir le délai de 2 ans que du jour de la réalisation de la condition.

droit de l'appelé, mais elle gardait le silence sur celui du grevé. Cependant, il semblait aisé de déduire de l'arrêt que si le droit de l'appelé était un droit conditionnel, il ne pouvait s'agir que d'une condition suspensive, et alors on était forcément conduit à considérer le grevé comme propriétaire sous condition résolutoire : en effet, une condition suspensive ne peut exister dans un patrimoine que s'il existe dans celui d'une autre personne une condition résolutoire qui lui correspond.

Et cependant ces prévisions ne furent pas confirmées. Le 28 Février 1923, dans l'affaire des carrières, la chambre civile se prononça très nettement sur la nature juridique du droit du grevé : « Attendu que si le grevé doit être considéré comme propriétaire des biens jusqu'à l'ouverture de la substitution, s'il a un droit de jouissance plus étendu que celui de l'usufruitier, il est néanmoins tenu de conserver et de rendre les biens ». Ainsi la chambre civile rejette complètement la théorie conditionnelle, elle considère le grevé comme un propriétaire chargé de conserver et de rendre. Cette analyse est incompatible avec celle faite du droit de l'appelé dans l'arrêt du 10 Juin 1918. On peut admettre qu'une évolution s'est manifestée dans la jurisprudence de la chambre civile.

Il est donc impossible de déterminer le système adopté par la jurisprudence pour préciser la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans la substitution permise. Les décisions des juges du fait sont extrêmement diverses, on n'en peut rien déduire si ce n'est une certaine prédilection pour la théorie du droit conditionnel qui fournit une explication très commode. Celles de la cour de cassation ne présentent qu'un seul point digne de remar-

que: bien qu'on parle dans les unes de propriété sous condition résolutoire, dans d'autres de droit conditionnel de l'appelé, aucun arrêt n'a admis nettement, comme l'ont fait certains juges du fait, le système de la double condition rétroactive. Jadis la cour de cassation semblait considérer le grevé comme propriétaire sous condition résolutoire, mais elle n'accordait à l'appelé qu'un droit éventuel, sans dans ce dernier cas en déduire les conséquences qui s'imposaient. Aujourd'hui, il n'est plus parlé de propriété sous condition résolutoire du grevé et même la cour a admis formellement en 1923 que le grevé est propriétaire à charge de conserver et de rendre, mais voulant permettre aux appelés de disposer de leur droit, elle leur reconnaît un droit conditionnel.

Ni l'une ni l'autre de ces tendances ne peut être admise, car elles renferment une contradiction. A toute condition suspensive correspond une condition résolutoire inverse et réciproquement, mais si le grevé est propriétaire à charge de conserver et de rendre, le droit de l'appelé ne peut être qu'éventuel.

CHAPITRE II

ÉTUDE DE LA DOCTRINE

Les auteurs ont construit d'innombrables systèmes pour tenter d'expliquer la substitution. On les trouvera exposés dans une thèse récente de M. Fontaine, « Les modes de transmission des biens dans les substitutions ».

Nous nous bornerons ici à exposer les principaux d'entre eux qui, avec quelques variantes, peuvent se ramener à trois.

On peut soit considérer le grevé comme propriétaire sous condition résolutoire et l'appelé sous condition suspensive, soit reconnaître au grevé un droit de « propriété *ad tempus* », soit enfin admettre qu'il est propriétaire à charge de conserver et de rendre. Dans ces deux derniers cas, l'appelé n'aura qu'un droit éventuel.

SECTION I. — *Théorie du droit conditionnel*

Ce système a été adopté par d'éminents auteurs; on peut citer notamment Aubry et Rau ainsi que Colin et Capitant.

Aubry et Rau s'expriment ainsi : « Le droit de propriété qui compète au grevé sur les biens substitués est résoluble par l'événement de la condition

qui doit donner ouverture à la substitution » (1). Et sur le droit des appelés : « En principe, les appelés n'ont, jusqu'à la mort du grevé, qu'un droit éventuel subordonné à la condition de leur survie à ce dernier. Ce droit, qui repose sur une donation ou legs dont les appelés sont les bénéficiaires en second ordre, n'est pas une simple expectative, mais un véritable droit conditionnel » (2).

Colin et Capitant ne sont pas moins formels : « Le code organise les droits respectifs du grevé et de l'appelé suivant le type des droits conditionnels, jusqu'à l'ouverture de la substitution, le grevé est propriétaire sous condition résolutoire, l'appelé est au contraire un propriétaire sous condition suspensive tenant ses droits non du grevé, mais de l'auteur de la libéralité » (3). On ne saurait mieux formuler le système de la double condition rétroactive, mais Colin et Capitant prennent soin de préciser que c'est là « une tradition très sujette à critique, car elle méconnaît cette idée essentielle que la substitution est une double libéralité avec trait de temps » (3).

En faveur de cette thèse, on invoque d'abord sa simplicité et sa clarté. On comprend très aisément l'inopposabilité des droits consentis par le grevé, puisque ces droits sont résolus par le seul événement de l'ouverture et que le grevé est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire.

On ajoute que l'opinion de Pothier était dans ce sens, celui-ci déclare en effet que la propriété du grevé « n'est pas une propriété incommutable, mais une propriété résoluble au profit des substitués par

(1) Aubry et Rau, T. II, § 696, texte et note 69.

(2) Aubry et Rau, T. II, § 696, texte et note 83.

(3) Colin et Capitant, T. 3, N° 1267.

l'échéance de la condition qui doit donner ouverture à la substitution ». Cependant Pothier ne reconnaît à l'appelé qu'un droit éventuel : « le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit formé par rapport au bien substitué, mais une simple espérance » (4).

Les mêmes idées sont reprises par Toullier et Marcadé ; propriété sous condition résolutoire appartenant au grevé, simple espérance pour l'appelé (5).

On peut donc noter que, si tous ces auteurs sont d'accord sur la nature juridique du droit du grevé, on relève une divergence très nette sur celle du droit des appelés. Aubry et Rau ainsi que Colin et Capitant leur reconnaissent un droit conditionnel ; Pothier, Marcadé et Toullier une simple espérance. Or, comme le fait justement remarquer M. Plassard (6), l'explication de la substitution par l'idée de condition forme un tout indivisible : si le droit de l'appelé est affecté d'une condition suspensive, le droit du grevé est affecté de la condition résolutoire inverse.

La théorie du droit conditionnel nous apparaît comme tout à fait inadmissible.

1° Il ne semble pas qu'elle ait été adoptée dans l'ancien droit, comme on pourrait le penser en lisant Pothier. L'article 31 du titre II de l'ordonnance de 1747 stipule : « Toutes les aliénations faites par le grevé au préjudice de la substitution à compter du

(4) Pothier, éd. Bugnet, T.8, p.505, N° 153.

(5) Toullier, T.5, N° 736. Marcadé, sous l'article 1053, N° 220. Ces diées ont aussi été adoptées, nous l'avons vu, par la chambre des requêtes jusque vers 1890.

(6) Note de M. Plassard, sous Paris 14 Janvier 1926, D. 28.2.9.

jour qu'elle doit avoir son effet contre les créanciers et les tiers acquéreurs ne pourront nuire aux substitués, et en cas qu'ils revendiquent les biens aliénés, les acquéreurs seront tenus de les délaissier ». Il n'est point question de condition, ni de résolution. Parmi les commentateurs de l'ordonnance, Furgole est à peu près seul à admettre que l'événement de la condition a un effet rétroactif (7). Au contraire, Thévenot d'Essaule de Savigny déclare : « La propriété du grevé lorsqu'elle est résolue par l'arrivée de la condition ne l'est pas *ab initio* en telle sorte qu'il soit censé n'avoir pas été propriétaire. La propriété est résolue *ut ex nunc* et non pas *un ex tunc*, comme disent les auteurs » (8). Thévenot d'Essaule rejette donc très nettement l'idée de condition résolutoire rétroactive.

On peut donc conclure que, si, dans l'ancien droit, certains auteurs, notamment Pothier, ont employé les mots « condition », « résolution », ils ne l'ont fait que parce qu'ils expliquaient commodément l'anéantissement des droits consentis par le grevé à l'ouverture de la substitution, mais sans leur attacher le sens précis que certains auteurs plus modernes voudraient leur donner.

2° Si l'ordonnance d'Août 1747 ne parle pas de condition, ni de résolution, les textes du code civil (articles 1048 et suivants) ne le font pas davantage : bien au contraire, ils emploient les expressions « charge de rendre » (articles 1048 et 1049), « charge de restitution » (article 1050). On comprend donc

(7) Furgole, Commentaire de l'ordonnance de Louis XV sur les substitutions d'août 1747.

(8) Thévenot d'Essaule de Savigny, Traité des substitutions fidéicommissaires, Paris 1778, N° 583.

mal comment certains auteurs, tels que Colin et Capitant, ont pu expressément déclarer que « le code organise les droits respectifs du grevé et de l'appelé suivant le type des droits conditionnels » (9).

3° On est contraint, si on reconnaît à l'appelé un droit conditionnel suspensif, de lui permettre de disposer de ce droit avant l'ouverture de la substitution, de constituer des hypothèques sur les biens. Un tel résultat est évidemment contraire à la volonté du disposant. Celui-ci a voulu obliger son fils ou son frère à conserver les biens pour les rendre à son décès à ses enfants. Il n'a jamais eu l'intention de conférer aux appelés le droit d'en disposer avant le décès du grevé.

4° Si, sur ce dernier point, la théorie du droit conditionnel force à reconnaître à l'appelé un droit que le disposant ne désirait pas lui conférer, à un autre point de vue, elle se montre insuffisante. La jurisprudence, qu'avec un bon nombre d'auteurs dont MM. Plassard et Vialleton, nous avons approuvée, reconnaît à l'appelé le droit d'intervenir contre le grevé, si celui-ci par sa gestion compromet l'exécution de la charge. Or, on n'a jamais admis que celui dont les droits sont subordonnés à l'événement d'une condition suspensive, puisse contrôler ou critiquer *pendente conditione* les actes d'utilisation ou de mise en valeur de la propriété, alors même qu'ils seraient de nature à menacer ses droits (10). Le seul droit sous condition suspensive qui appartiendrait à l'appelé ne saurait justifier cette intervention.

(9) Colin et Capitant, T.3, N° 1267.

(10) Baudry Lacantinerie et Barde, Obligations, T. 2, N° 840.

5° Cette même théorie méconnaît les caractères essentiels de la substitution. Ces caractères (la jurisprudence a soin de les préciser quand elle recherche si une disposition est entachée de substitution prohibée) sont l'existence de deux libéralités successives, la charge de conserver et de rendre et l'ordre successif (11). On ne peut comprendre pourquoi la jurisprudence s'obstine à en proposer d'autres pour les substitutions exceptionnellement permises.

6° L'adoption de la théorie conditionnelle enlève à peu près tout intérêt aux articles 1048 et suivants. En effet, la confusion avec le double legs conditionnel alternatif est complète. Or, la jurisprudence valide aujourd'hui la combinaison d'un legs sous condition résolutoire et d'un legs sous condition suspensive (12) sous la seule réserve toutefois qu'il ne soit pas soumis à la seule condition de survie de l'un des légataires (13). Sauf en ce qu'ils permettent de gratifier des appelés non encore conçus, les articles 1048 et suivants sont des dispositions parfaitement inutiles. « A quoi bon, dirons-nous avec M. Savatier, distinguer ainsi que la loi le fait si soigneusement les cas où les substitutions sont permises et les cas où elles sont interdites, pour ar-

(11) Req. 29 Avril 1913, D. 16.1.239.

(12) Cass. 20 Juin 1904, Note Tissier, S. 06.1.81.

(13) Si l'on veut essayer de schématiser la jurisprudence en cette matière, on peut proposer l'exemple suivant : la disposition « Je lègue tous mes biens à Pierre, mais, s'il meurt avant Paul, j'entends que tous mes biens passent à ce dernier » constitue, d'après la jurisprudence, une substitution, parce qu'elle est soumise à la seule condition de survie de l'un des légataires. Mais la disposition « Je lègue tous mes biens à X, mais, pour le cas où il décéderait sans postérité légitime, je lègue mes biens à Y » est considérée généralement comme un double legs conditionnel valable.

river à permettre dans les deux cas des legs conditionnels alternatifs, et à ne permettre qu'eux » (14).

7° Enfin la théorie conditionnelle aboutit à une véritable impossibilité juridique au cas de non-conception de l'appelé au décès du disposant. Si on efface rétroactivement la propriété du grevé, sur quelle tête aura reposé la propriété des biens substitués dans l'intervalle qui va de la mort du disposant à la conception de l'appelé ?

Ce dernier argument à lui seul suffirait à faire rejeter la théorie des droits conditionnels inverses du grevé et de l'appelé.

SECTION II. — *Théorie de la propriété « ad tempus »*

Certains auteurs ont alors tenté d'expliquer autrement la substitution. Demolombe remarque fort justement que le caractère propre de la substitution est l'existence de deux institutions, dont l'une vient après l'autre. Sans doute, il n'y a qu'une disposition, mais elle implique deux transmissions successives, et elles ne peuvent se réaliser que si le trait de temps, pendant lequel le grevé a été lui-même propriétaire, n'est pas effacé par une résolution. Dans cette théorie, le grevé sera propriétaire *ad tempus*.

Demolombe l'explique ainsi : « Non, dit cet auteur, la propriété du grevé n'est pas résolue dans la vérité juridique des termes : c'est tout simplement une propriété *ad tempus* qui finit, qui meurt lorsque la substitution vient à s'ouvrir, mais qui n'est pas résolue. Elle finit, dis-je, donc elle a duré. Elle

(14) Savatier, Rev. trim. 1926, p. 794.

meurt, donc elle a vécu. Le droit du grevé, en un mot, si j'osais m'exprimer ainsi, a fait son temps. Et quand le droit de l'appelé s'ouvre et commence, il lui succède, il le continue, comme un héritier succède au droit de son auteur et le continue, mais il ne l'efface pas et ne le résout pas plus que le droit naissant de l'héritier n'efface et ne résout le droit éteint de son auteur décédé » (15).

Cette opinion peut, semble-t-il, trouver un fondement dans l'ancien droit. On a vu plus haut que certaines phrases de Pothier font allusion à la théorie de la condition résolutoire, mais il en est d'autres qui paraissent inspirées d'une façon tout à fait différente, ainsi l'article 191 : « Le tiers ayant acquis le droit de propriété des héritages tel l'avait alors le grevé, c'est-à-dire un droit de propriété durable jusqu'au temps de l'accomplissement de la condition apposée à la substitution, il ne peut être dépouillé avant ce temps puisqu'il a acquis la propriété jusqu'à ce temps » (16). On peut aussi relever dans le même sens l'opinion de Thévenot d'Essaule de Savigny, citée plus haut, et qui déclare que la propriété du grevé n'est résolue que « *ut ex nunc* et non pas *ut ex tunc* » (17).

L'opinion de Huc est assez voisine de celle de Demolombe. Cet auteur se refuse à admettre la résolution du droit du grevé et assimile l'ouverture de la substitution à la perte de la chose. « De même lorsque la chose périt la propriété s'éteint sans qu'il y ait à se préoccuper d'un effet rétroactif quelconque, de même quand la substitution s'ouvre la pro-

(15) Demolombe, T. 18, N° 94.

(16) Pothier, Traité des substitutions, art. 191.

(17) Thévenot d'Essaule de Savigny, Traité des substitutions fidéicommissaires, N° 583.

priété s'éteint à l'égard du grevé, sans qu'il y ait à se préoccuper davantage d'un effet rétroactif quelconque. Il y a eu perte juridique de la propriété comme il aurait pu y avoir perte matérielle » (18).

Ces explications ne sauraient encourir les mêmes reproches que la précédente, il n'y a pas, semble-t-il, d'impossibilité juridique à les admettre. Mais quand Demolombe déclare que le grevé est propriétaire *ad tempus* des biens substitués, que sa propriété qui finit implique qu'elle a duré et que si elle meurt, c'est qu'elle a vécu, il constate le mécanisme juridique de la substitution, il n'explique rien. Quant à Huc, il admet une fiction purement arbitraire dont rien ne justifie la nécessité.

Sans doute, lorsque l'héritier recueille une succession, sa propriété continue celle de son auteur, mais les droits réels que ce dernier a transmis à des tiers subsistent. Pourquoi la propriété du grevé, lorsqu'elle meurt, entraîne-t-elle avec elle les droits réels que ce dernier a consentis ? C'est ce que le système de la propriété *ad tempus* n'explique pas.

SECTION III. — *Le grevé est propriétaire à charge de conserver et de rendre*

Devant l'inexactitude de la théorie qui explique la substitution par un droit conditionnel inverse qui appartient au grevé et à l'appelé et l'insuffisance de celle qui considère le grevé comme un propriétaire *ad tempus*, nous pensons, avec un grand nombre d'auteurs modernes, que la substitution permise peut être définie : Une libéralité, par laquelle un dona-

(18) Huc, T.6, N° 416.

teur ou un testateur dispose au profit d'une personne instituée en premier ordre, à charge par celle-ci de conserver sa vie durant les biens donnés ou légués et de les rendre à sa mort à une autre personne, l'appelé qui peut ne pas être conçu au décès du disposant.

Cette institution implique :

1° L'existence d'une double libéralité successive, la première adressée au grevé et la seconde à l'appelé.

Cette double libéralité distingue essentiellement la substitution d'un legs en usufruit et en nue propriété. Cependant, l'analogie entre les deux dispositions est suffisamment marquée, pour que les rédacteurs du code civil aient pris soin dans l'article 899 de préciser que le legs en usufruit et en nue propriété ne constitue pas une substitution et qu'en conséquence son emploi est possible en dehors des cas prévus par les articles 1048 et 1049 du code civil. Toutefois la nature juridique des deux institutions est tout à fait différente. Sans doute, l'une et l'autre portent sur un même bien, mais la substitution implique attribution successive de droits identiques, la disposition en usufruit et en nue propriété, attribution simultanée de droits différents. Pratiquement toutefois le legs en usufruit et en nue propriété permet d'atteindre sensiblement les mêmes résultats que la substitution : le nu propriétaire est peut-être mieux protégé contre la prodigalité de l'usufruitier que l'appelé ne l'est contre le grevé. Les praticiens le préfèrent à la substitution, parce que son régime leur paraît mieux défini, aussi est-il beaucoup plus utilisé. Il ne faudrait cependant pas en méconnaître les dangers. La nue propriété ne peut être attribuée qu'aux enfants déjà conçus au décès du dispo-

sant, ceux qui viendraient à l'être après n'auraient évidemment droit à aucune part. Celui qui utiliserait cette méthode pour protéger ses petits-enfants contre la prodigalité de leur père ou de leur mère aboutirait à des résultats peut-être injustes, en tous cas très probablement contraires à sa volonté qui n'était pas de favoriser certains de ses petits-enfants au détriment des autres.

L'existence de la double libéralité implique donc que l'une doit produire son effet après l'autre : il en résulte un trait de temps, c'est-à-dire un intervalle — qui dans la substitution doit durer toute la vie du grevé — et qui dans l'intention du disposant sépare la disposition faite au profit du grevé de celle faite au profit de l'appelé.

2° Le second trait de la substitution, le plus intéressant, est la charge de conserver et de rendre qui frappe la propriété du grevé.

C'est l'existence de cette charge qui permettra aux appelés de méconnaître les aliénations et constitutions de droits réels faites à son mépris par le grevé.

On indiquera dès maintenant, sauf à revenir plus tard sur cette très importante question, que les auteurs entendent dans deux sens la nature de cette charge. Pour les uns la prohibition d'aliéner ne concerne que la personne du premier institué ; elle ne frappe pas le bien lui-même. C'est donc une charge uniquement personnelle. Cette tendance est représentée par la thèse de M. Fontaine (19).

Pour d'autres la charge est réelle : on parle même d'indisponibilité. Cette charge imprimerait « une qualité juridique aux biens qui en sont l'ob-

(19) Fontaine, *op.cit.*, pp. 237 et s.

jet en les rendant indisponibles ». Elle entraînerait la nullité de plein droit de tout acte qui y serait contraire. La thèse de M. Bouzat est en ce sens (20).

3° Enfin la substitution implique l'existence d'un ordre successif. En effet, le disposant fixe la dévolution des biens substitués dans sa propre succession d'abord, soit par un testament, soit par une institution contractuelle (sauf le cas de donation entre vifs, bien entendu). Puis il en règle le sort dans celle du grevé, il désigne donc lui-même l'héritier du grevé quant aux biens substitués.

La notion d'ordre successif implique comme conséquence celle d'éventualité du droit de l'appelé (21).

Comme le remarque fort justement M. Plassard, la situation de l'appelé se rapproche singulièrement de celle d'un héritier réservataire présomptif (22). Cependant, on peut relever deux différences, car la vocation de l'appelé est plus certaine que celle de l'héritier réservataire ; d'où il résulte que l'appelé est protégé non seulement contre les actes à titre gratuit, mais encore contre ceux à titre onéreux et qu'il peut faire les actes conservatoires, ce qu'on refuse à l'héritier présomptif. Mais dans l'un et l'autre cas, il ne s'agit que d'espérances, non de droit acquis ; entre le droit de l'appelé et celui de l'héritier réservataire présomptif, il y a « différence de degré, non de nature » (22).

Plus encore que celle de l'héritier présomptif réservataire, la situation de l'appelé peut être rapprochée de celle de l'ascendant donateur ou de l'institué contractuel.

(20) Bouzat, p. 89.

(21) Baudry Lacantinerie et Colin, T.2, Nos 3140 et s.

(22) Note sous Paris, 14 Janvier 1926, D. 28.2.9.

La jurisprudence a décidé que, toute cession ou renonciation faite par l'ascendant de son droit de retour légal, constitue un pacte sur succession future (23). Le droit de l'ascendant donateur, qui n'est qu'une simple expectative, subordonnée au prédécès du donataire, est assez analogue à celui de l'appelé dans la substitution permise. Mais l'analogie est bien plus frappante encore si l'on considère le droit de l'institué contractuel, surtout s'il s'agit d'une donation dite « cumulative de biens présents et à venir » prévue par l'article 1084 du code civil. La situation de l'institué semble tout à fait comparable à celle de l'appelé, puisque, s'il opte pour les biens présents, il ne sera tenu de respecter ni les aliénations à titre gratuit, ni même celles à titre onéreux. Après quelques hésitations, on admet aujourd'hui unanimement, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que toute cession faite de son droit par l'institué contractuel, avant l'ouverture de la succession, est nulle comme constituant un pacte sur succession future. On ne voit pas pourquoi il en serait autrement pour l'appelé, puisque si c'est de par la volonté du disposant qu'il recueille les biens, il les prend cependant dans la succession du grevé.

D'ailleurs les motifs qui ont inspiré les articles 791, 1130, 1389 et 1600 sont tout aussi valables pour la cession faite par l'appelé de son droit avant l'ouverture de la substitution. De pareilles cessions sont immorales, elles contiennent le *votum mortis* ; elles présentent toujours un caractère lésionnaire (nous avons vu plus haut comment la jurisprudence récente tente sur ce point de protéger l'appelé). Elles sont au premier chef antiéconomiques, car la dou-

(23) Ch. réunies, 2 Juillet 1903, D. 03.1.353.

ble menace qui pèse sur le droit de l'appelé : son prédécès au grevé et la naissance de nouveaux appelés, est une source de procès.

Sans doute, certains auteurs, notamment M. Vialleton (24), ont objecté que le droit de l'appelé n'était pas un droit de succession parce que la substitution peut s'ouvrir avant le décès du grevé. Il est facile de lui répondre que l'ouverture ne produit alors que des effets provisoires ; s'il s'agit d'un abandon anticipé, les droits des tiers, ayants cause du grevé, resteront jusqu'à la mort de ce dernier opposables aux appelés ; de toutes façons, les biens entre les mains des appelés existants, seront grevés de la charge de conserver et de rendre aux appelés à naître.

La nature juridique du droit de l'appelé consiste dans un droit éventuel, un droit de succession, mieux protégé que celui de n'importe quel héritier. On peut donc s'étonner que la jurisprudence, qui étend souvent d'une façon excessive le champ d'application de la prohibition des pactes sur succession future, valide sans difficulté les actes par lesquels l'appelé cède son droit.

(24) Note Valleton, sous Civ. 28 Février 1923, S. 25.1.173.

CHAPITRE III

ESSAI D'UNE CONSTRUCTION

Cette dernière théorie qui considère le grevé comme un propriétaire chargé de conserver et de rendre nous paraît seule exacte, mais une incertitude subsiste sur la nature juridique de la charge. Certains auteurs pensent qu'il s'agit d'une charge personnelle, d'autres croient reconnaître une charge d'indisponibilité réelle.

La théorie de la charge personnelle a été défendue par M. Fontaine. Cet auteur affirme que la substitution n'est qu'une donation avec charge. On y trouve comme dans toute stipulation pour autrui : un stipulant (le disposant), un promettant (le grevé) et un tiers bénéficiaire (l'appelé). Peu importe que la substitution soit réalisée par donation entre vifs ou par testament : dans ce dernier cas, l'accord de volonté se produira seulement après le décès du disposant par l'acceptation du légataire.

L'effet de l'engagement sera de faire naître un droit de créance au profit de l'appelé, ce qui lui permettra d'exiger directement du grevé l'exécution des charges qui lui ont été imposées. L'appelé se trouve donc dans la situation d'un tiers bénéficiaire, complètement étranger au contrat. En conséquence, il pourra ne pas être conçu au moment du décès du disposant. (La jurisprudence, en effet, n'a jamais mis en doute la validité d'une charge imposée à un donataire ou à un légataire au profit d'un tiers non

encore conçu.) L'appelé n'aura pas non plus à accepter, son droit ne pourra être révoqué que par le disposant.

La charge de rendre dans cette théorie s'analyse en une obligation de faire ; elle oblige le grevé à restituer tous les biens qui lui ont été remis. Le droit de créance qui appartient à l'appelé est sanctionné par plusieurs actions personnelles :

a) une action en dommages-intérêts, d'abord contre la succession du grevé : une pareille action sera ordinairement inefficace, le grevé étant le plus souvent insolvable.

b) une action hypothécaire. Cette action serait particulièrement utile à l'appelé, mais existe-t-elle ? Dans l'ancien droit, Pothier l'admettait : « Le substitué, disait-il, a la même hypothèque sur les biens du testateur échus au lot du grevé de substitution que les légataires » (1). Le code civil ne la mentionnant pas, on peut douter que l'hypothèque légale prévue par l'article 1017 puisse être étendue ici. L'affirmative a cependant été admise par le tribunal de Lille le 18 Mars 1930, qui a décidé que le legs d'une somme d'argent avec charge de la conserver et de la rendre, constituait une substitution prohibée parce que la créance de l'appelé légataire était efficace à l'égard du grevé ou de sa succession, étant garantie par l'hypothèque légale de l'article 1017 (2). Cette décision est restée isolée, en tout cas l'hypothèque ne pourrait exister qu'en cas de legs et non en cas de donation.

M. Fontaine admet cependant que le disposant

(1) Pothier, *Traité des substitutions*, Sect. VI, art. 2, § 2, éd. Bugnet, T. 8, p. 524.

(2) Lille, 18 Mars 1930, D. Heb. 1930, p. 326.

pourrait, quelle que soit la forme de la libéralité, obliger le grevé à fournir des sûretés garantissant l'exécution de la promesse de restitution.

En tout cas, il ne fait aucun doute que le grevé possède contre le tuteur, qui n'aurait pas exactement rempli sa mission qui est de veiller à l'exécution de la charge, une action en responsabilité ainsi d'ailleurs que contre tous les tiers : notaires, agents de change, conservateurs des hypothèques, établissements émetteurs qui dans l'exercice de leurs fonctions auraient commis une faute ou une négligence préjudiciable aux appelés.

d) Enfin l'appelé, d'après M. Fontaine, bien que ne possédant qu'un droit de créance, pourrait agir contre les tiers au moyen de l'action paulienne, si ceux-ci s'étaient rendus complices de la fraude du grevé. Et la seule publicité de la substitution serait de nature à les faire réputer de mauvaise foi.

Mais la charge de rendre ne peut être efficace que si celle de conserver lui est adjointe. La théorie de la stipulation pour autrui, prétend M. Fontaine, s'harmonise parfaitement avec l'article 1073, qui impose au tuteur certaines diligences et avec la jurisprudence qui admet que l'appelé a le droit d'intervenir, si l'exploitation du grevé semble compromettre l'exécution de la charge.

La théorie de l'indisponibilité réelle a été brillamment soutenue, il y a quelques années, par M. Bouzat, dans la thèse dont nous avons parlé. Sans doute, dit cet auteur, l'obligation du grevé envers les appelés possède un caractère personnel, mais l'indisponibilité « imprime de plus une marque réelle sur les biens rendant inefficaces de manière absolue et immédiate tous les actes susceptibles d'em-

pêcher la restitution aux appelés » (3). En effet, les biens substitués forment dans le patrimoine du grevé un patrimoine séparé, un patrimoine d'affectation. Tous les auteurs, même les plus attachés à la théorie de l'unité du patrimoine, comme Aubry et Rau, le reconnaissent. L'opinion de M. Bartin est dans le même sens. Il déclare que la charge de rendre « ne se résoud pas en une obligation personnelle du grevé, mais est au contraire une charge réelle frappant les biens substitués plus encore qu'elle ne frappe le grevé lui-même » (4).

Le système de l'obligation personnelle ne semble pas admissible : l'action en dommages-intérêts contre le grevé est purement platonique et il ne semble pas possible de lui adjoindre une action hypothécaire, sauf peut-être au cas où le disposant aurait expressément imposé au grevé la constitution d'une hypothèque, pour garantir la créance des appelés. Quant à l'action paulienne, nous pensons que, sauf cas tout à fait exceptionnel, elle ne pourra pas être exercée contre les tiers. Elle suppose en effet pour pouvoir être admise la fraude du débiteur et en cas d'acte à titre onéreux la complicité du tiers. Le seul fait de la transcription suffirait-il pour faire présumer cette complicité ? Nous ne le pensons pas. On conçoit fort bien que celui qui n'a pas pris connaissance par la transcription des charges réelles qui pesaient sur un bien soit obligé de supporter les conséquences de sa négligence ; il est difficile d'admettre que, ce seul fait, puisse le constituer complice de la fraude commise par le débiteur. Or

(3) Bouzat, p. 81.

(4) Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, pp. 30 et 31.

cette complicité dans la fraude est expressément exigée pour qu'en cas d'acte à titre onéreux, l'action paulienne puisse être exercée contre des tiers.

Nous voyons donc que les actions qui sanctionnent la charge personnelle sont insuffisantes pour assurer une protection efficace des appelés. En outre, cette charge personnelle ne semble pas conforme aux textes du code civil. En effet, de l'art. 1070 il résulte implicitement que le droit des appelés est opposable aux tiers par la transcription, sans autre condition. L'appelé exerce un droit de suite sur le bien substitué : c'est la conséquence d'un droit réel.

D'autre part, cette charge personnelle semble faire du grevé un incapable (5). Il serait singulier de voir le législateur s'en remettre à un disposant du soin d'établir à sa guise une incapacité. Il le serait davantage encore de constater que cette incapacité ne s'étendrait qu'à certains bien : il faudrait alors parler d'incapacité réelle, comme l'a fait Lyon Caen pour le régime dotal, mais alors on ne pourrait plus dire qu'il s'agit d'une charge personnelle.

Nous ne croyons pas pouvoir nous rallier entièrement à la théorie de l'indisponibilité réelle, bien que celle-ci soit fort attrayante qu'elle corresponde généralement à ce que le disposant attendait de la substitution. L'adoption de cette théorie entraînerait en effet des conséquences qui semblent impossibles à admettre. La sanction normale devrait en

(5) Quelques rares décisions ont considéré que le grevé était un incapable ; ainsi un jugement du tribunal de la Seine du 17 Novembre 1886 (Rép.Not. 1886, art.3380, J.Not. art 23777, G.P. 86.2.791, Rev.Not. art. 7665) pour affirmer la nécessité du partage judiciaire des biens dépendant de la succession du disposant déclare que « la loi crée dans la personne des grevés des incapables d'un ordre spécial ».

être la nullité immédiate et absolue de toute aliénation et de toute constitution de droit réel. Or cette nullité immédiate, si elle a été reconnue autrefois par quelques décisions jurisprudentielles (6), n'est plus admise aujourd'hui par personne (7). L'opinion des anciens auteurs était dans le même sens. Pothier déclarait : « Cette restitution anticipée ne peut préjudicier à des tiers » (8), et Thévenot : « Le grevé, pendant la condition, peut aliéner valablement les biens du *fideicomis* » (9). On ne saurait décider autrement aujourd'hui en présence des termes de l'article 1053 qui stipule : « L'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés, ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon ». On voit donc que les droits consentis par le grevé ne sauraient être considérés immédiatement et de plein droit comme nuls.

M. Bouzat a essayé de démontrer que cependant la théorie de l'indisponibilité réelle gardait toute sa valeur. « La charge de rendre, dit-il, s'imprime sur les biens substitués. Aussi, lorsque les biens sont aliénés par le grevé, ils passent aux acquéreurs marqués réellement par la charge de rendre qui fait corps avec eux. Ils sont donc frappés dans les mains des tiers acquéreurs de la même indisponibilité qui les frappait dans les mains du grevé » (10).

Nous sommes entièrement d'accord avec M.

(6) Paris, 12 Janvier 1847, D. 47.2.61, S. 47.2.82 et un jugement du tribunal de la Seine, mais infirmé par Paris, 25 Juillet 1850, D. 51.2.170.

(7) Sauf à notre avis, la faculté que possède le disposant d'adjoindre une clause d'inaliénabilité qui emporte indisponibilité réelle.

(8) Pothier, Traité des Substitutions, sect.6, art. 1 et 2.

(9) Thévenot d'Essaule, chap.18, § 10, N° 175.

(10) Bouzat, p. 91.

Bouzat quand il déclare que les biens passent aux tiers acquéreurs marqués réellement par la charge de rendre, la charge grève le bien, non la personne, mais le seul fait que l'aliénation ne soit pas immédiatement nulle montre que si nous sommes en présence d'une charge réelle, il ne saurait s'agir d'une indisponibilité. Celle-ci devrait aussi avoir comme conséquence de permettre aux appelés, même en cas d'acceptation pure et simple de la succession du grevé, de demander la nullité, que le grevé ait fait connaître ou non l'existence de la charge aux tiers avec lesquels il a traité. M. Bouzat, comme conséquence de l'indisponibilité réelle, l'admet, mais on est obligé de reconnaître que, dans la doctrine moderne, son opinion semble demeurer isolée.

La masse des biens substitués nous apparaît comme un patrimoine grevé d'affectation familiale. Cette affectation n'est pas perpétuelle comme dans la fondation, mais elle excède la durée d'une génération. Elle répond non seulement au désir qu'a le disposant d'assurer à ses ascendants la transmission d'une partie du patrimoine familial, mais encore à ce sentiment, si communément répandu, qui incite les hommes à se survivre en quelque sorte à eux-mêmes.

Cette masse de biens constitue un patrimoine séparé des autres biens appartenant au grevé. Certains auteurs iraient presque jusqu'à reconnaître à la substitution le caractère d'une personne morale. Ainsi Huc déclare : « que le législateur a donné à la substitution le caractère abstrait d'un être de raison symbolisant les intérêts des appelés » (11). Dans le même sens un jugement du tribunal de la Seine

(11) Huc, T.6, N° 416.

du 16 Février 1892 (12) est très significatif, puisqu'il admet que les sommes provenant de la substitution peuvent être employées à payer avec subrogation le prix restant dû par le grevé sur un immeuble qu'il avait précédemment acquis : On a donc cette situation singulière, dont nous avons déjà parlé, d'un immeuble appartenant au grevé sans aucune charge, mais frappé d'un privilège appartenant à la substitution. Notre droit ne connaissant plus l'hypothèque (ou le privilège) sur soi-même, on est contraint de reconnaître le caractère nettement séparé du patrimoine substitué.

Mais il est encore bien plus intéressant de constater que l'idée d'un patrimoine séparé grevé d'affectation, est admise par les auteurs les plus attachés à l'idée d'unité de patrimoine comme Aubry et Rau. Ceux-ci déclarent en effet : « Bien que le patrimoine soit en principe un et indivisible, notre Droit reconnaît cependant certaines universalités juridiques qui s'en distinguent... C'est ainsi que, sous plusieurs rapports, les biens compris soit dans un majorat, soit dans un fideicommiss universel ou à titre universel forment une universalité juridique distincte du patrimoine du titulaire du majorat ou du fideicommiss » (13). La théorie de l'unité de patrimoine apparaît à juste titre à de nombreux auteurs modernes comme périmée (14). L'exception qu'en notre matière, des auteurs comme Aubry et Rau apportent à leur théorie, n'en est que plus significative.

Peut-on même aller plus loin, et dire que les

(12) Seine, 16 Février 1892, Le Droit, 7 Avril 1892.

(13) Aubry et Rau, T.9, § 574.

(14) Voy. notamment : Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 399 et suiv.

biens grevés de substitution n'ont aucun sujet et que le but suffit ?

Deux auteurs allemands, Brinz dans ses « *Pandekten* », et Bekker dans un article « *Zur lehre vom Rechtssubject* » (15), ont élaboré une théorie des patrimoines séparés (*Sondervermögen*) ou des patrimoines à but (*Zweckvermögen*) qui place le fondement du patrimoine non plus dans la personne, mais dans le but. Cette explication a été introduite dans le droit français par Plastara (16). Cet auteur en fait application notamment aux biens dotaux ; il ne cite pas les biens substitués, mais on peut penser qu'il ne les traiterait pas différemment car il déclare que son énumération n'est pas limitative et qu'on pourrait citer d'autres exemples.

Bien qu'au premier abord ce système paraisse satisfaisant, puisqu'il est bien certain que si le patrimoine substitué est affecté à la famille, celle-ci ne peut être considérée comme une personne morale titulaire d'un droit, nous ne croyons pas pouvoir l'admettre. C'est le grevé en effet qui est propriétaire des biens substitués.

On se ralliera à la conception du patrimoine d'affectation défendue dans la thèse de M. Gazin (17). Celui-ci, contrairement à l'opinion d'Aubry et Rau, place le fondement du patrimoine non plus dans la personne mais dans le but, sans aller pour cela jusqu'à rejeter la notion de sujet de droit comme le font les auteurs allemands.

La notion de patrimoine doit donc, d'après M.

(15) Brinz, *Pandekten*, 1, § 9 et suiv., 3, § 432 et suiv. Bekker sur *Lehre vom Rechtssubject*. *Revue d'Ihering*, 18-3.

(16) Plastara, *La notion juridique du patrimoine*, thèse. Paris 1903.

(17) H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*. Dijon 1910.

Gazin, être organisée autour des idées de but et de personne. Pour qu'il y ait patrimoine d'affectation, il faut un but nouveau et un but positif.

Appliquons cette théorie aux substitutions. Le patrimoine substitué est affecté à un but nouveau : l'intérêt de la famille différent des intérêts individuels des membres qu'elle groupe et qui doivent s'incliner devant lui. Il l'est aussi à un but positif : il n'y a pas un simple but négatif de conservation. La conservation momentanée du patrimoine substitué est moyen qui permettra d'atteindre une fin : la satisfaction des légitimes besoins des générations futures et la possibilité pour elles de conserver la situation sociale de celles passées.

Le seul résultat de l'affectation familiale est d'imposer au grevé (ainsi qu'aux appelés en cas d'ouverture anticipée de la substitution) la charge de rendre les biens d'une façon égale à tous les membres de la famille qui doivent en bénéficier. Cette charge de rendre implique celle de conserver, c'est-à-dire qu'elle interdit tous les actes, mais ceux-là seulement qui rendraient impossible la restitution intégrale. Les dégradations matérielles diminuent la substance des biens, on pourra donc immédiatement les faire cesser et obliger le grevé à verser une indemnité dont il sera fait emploi. Normalement, en ce cas, ce sera le tuteur qui devra agir, car il a été placé par la loi auprès du grevé pour veiller à ce que le patrimoine substitué ne soit pas détourné de son affectation. Mais les appelés, eux aussi, pourront intervenir. Ce droit d'intervention contre le grevé qui appartient aux appelés n'est pas en contradiction avec la nature juridique de leur droit qui est, ainsi que nous l'avons dit, un droit de succession, mais mieux garanti que n'importe quel autre. Représen-

tant la famille et bénéficiaires de la charge, les appelés ont intérêt à ce qu'elle soit respectée. D'ailleurs la jurisprudence admet fort bien que l'institué contractuel, dont le caractère successoral du droit n'a jamais été contesté, puisse intervenir contre le disposant en cas de nécessité (18). On ne saurait refuser à l'appelé le même droit à l'égard du grevé.

Les aliénations et les constitutions de droits réels ne sont pas nulles immédiatement, parce qu'elles ne compromettent pas directement la charge de rendre et l'affectation familiale du bien quand la substitution viendra à s'ouvrir. La nullité repose sur l'intérêt de la famille ; c'est donc la famille, celle-là seule qu'on a entendu protéger, représentée par les appelés, qui pourra exercer l'action en nullité. Nullité non pas absolue, comme dans le système de l'indisponibilité réelle, mais relative, puisque nullité de protection ; mais opposable aux tiers, puisque la charge grève les biens et non pas la personne.

L'affectation familiale explique aussi qu'on puisse admettre l'opposabilité aux appelés de certains actes de disposition, comme l'hypothèque d'un immeuble constituée en garantie d'un emprunt destiné à des réparations indispensables. L'intérêt de la famille exige la conservation des biens, même au prix d'un lourd sacrifice.

Le disposant peut encore augmenter l'affectation familiale des biens substitués. Au lieu de protéger seulement les intérêts lointains de la famille, ceux des appelés, la substitution assurera la sauvegarde des besoins immédiats. La clause d'incessibilité et d'insaisissabilité d'usufruit, légué à titre ali-

(18) Req. 22 Janvier 1873, D. 73.1.473, S. 73.1.57.

mentaire au grevé, répond à ce but. La jurisprudence, en matière de régime dotal, décide que les revenus des biens dotaux sont incessibles et insaisissables jusqu'à concurrence de la portion nécessaire aux besoins de la famille (19). Pour la substitution, la clause qui y sera adjointe, répondant aux mêmes besoins, sera contenue dans les mêmes limites.

(19) Cass. 12 Mars 1902, D. 02.1.191.

CONCLUSION

La substitution constitue avec le régime dotal, d'institution contractuelle et la réserve un des éléments essentiels de la protection du patrimoine familial. Elle mérite d'être conservée.

On peut cependant reprocher au régime actuel des substitutions quelques graves inconvénients. Il est d'abord incomplet : les disposants qui désirent l'employer hésitent parfois à le faire dans l'incertitude où ils se trouvent des droits que posséderont le grevé et les appelés. Il est inexact : du moins dans l'interprétation qu'en donne la Jurisprudence quand elle permet à l'appelé de disposer de ses droits avant l'ouverture. Il est insuffisant : non pas que nous pensions qu'on doive élargir le cercle dans lequel les substitutions sont permises (1), mais en ligne directe, si la substitution est fort intéressante quand le disposant n'a qu'un enfant, puisqu'elle peut porter sur la moitié des biens, elle devient sans grand intérêt s'il en a deux, et, à moins d'une très grande fortune, elle n'en présente plus aucun s'il en a davantage (2). A notre avis, elle devrait toujours pou-

(1) Il est cependant remarquable de constater que l'art. 488 du code fédéral suisse permet les substitutions à un seul degré imposées à un grevé quelconque en faveur d'appelés quelconques sans qu'il soit nécessaire, dans le cas où ceux-ci sont les enfants du grevé, de les en faire bénéficier tous. L'institution de la substitution n'est donc pas incompatible avec un véritable régime démocratique.

(2) Planiol et Ripert, T.5, N° 578. Ces auteurs pensent qu'il faudrait permettre de grever de substitution la réserve.

voir porter sinon sur toute la réserve, du moins sur la moitié de la part héréditaire du grevé. Certes, on invoque l'intangibilité de la réserve. Mais il ne s'agit plus de dépouiller l'héritier direct, on limite seulement son droit en faveur de ses descendants. On comprend difficilement comment la réserve, nihiler le fonctionnement de la substitution qui, à un plus haut degré, possède le même caractère. Ici le code civil ne s'est pas conformé à la tradition de l'ancien droit qui permettait de substituer la réserve.

Nous ne faisons pas cependant d'illusions sur l'intervention possible du législateur en cette matière. Ces questions ne l'intéressent plus, il a d'autres préoccupations. Mais si, sur ce dernier point, la volonté du disposant est impuissante, sur la plupart des autres elle pourra heureusement se manifester.

On a souvent, au cours de cette étude, regretté la carence de la législation ; mais ne vaut-il pas mieux, en fixant seulement quelques limites, laisser au disposant le soin de préciser lui-même le régime des biens ? Par une combinaison judicieuse de la substitution et de la clause d'inaliénabilité, dont la validité est largement reconnue par la Jurisprudence, il assurera une protection efficace des intérêts immédiats et plus lointains de la famille.

Vu : Le Doyen,
E. ALLIX.

Vu : Le Président,
R. MOREL.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris
G. ROUSSY

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS	VII
BIBLIOGRAPHIE	IX
INTRODUCTION	I

TITRE PREMIER

DÉTERMINATION DES BIENS GREVÉS DE SUBSTITUTION PERMISE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Biens donnés ou légués à charge de conserver et de rendre</i>	II
SECTION I. — Désignation directe par le disposant de certains biens individuellement déterminés..	II
SECTION II. — Donation ou legs de la quotité disponible à charge de conserver et de rendre....	16
CHAPITRE II. — <i>Application du principe de la subrogation réelle</i>	39
SECTION I. — De la vente du mobilier et de l'emploi des deniers	41
SECTION II. — De l'aliénation à charge de emploi	45
SECTION III. — De l'échange	67
SECTION IV. — De l'indemnité subrogée aux biens substitués	68

TITRE SECOND

DE LA CONDITION DES BIENS GREVÉS AVANT L'OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION

CHAPITRE PREMIER. — <i>Des droits du grevé</i>	71
SECTION I. — Des actes de disposition	72
SECTION II. — De la saisie des biens substitués....	111

SECTION III. — De la prescription des biens substitués	116
CHAPITRE II. — <i>Des droits des appelés</i>	121
SECTION I. — Des droits reconnus aux appelés contre le grevé pour assurer l'exécution de la charge de conserver et de rendre	121
SECTION II. — Des droits des appelés sur les biens substitués	124

TITRE TROISIÈME

DE LA CONDITION DES BIENS GREVÉS APRÈS L'OUVERTURE DE LA SUBSTITUTION

CHAPITRE PREMIER. — <i>De l'ouverture de la substitution</i>	131
SECTION I. — Des cas d'ouverture des substitutions	131
SECTION II. — Des effets de l'ouverture des substitutions	133
CHAPITRE II. — <i>De la condition des biens entre les mains des appelés</i>	145

TITRE QUATRIÈME

DE LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DU GREVÉ ET DE L'APPELÉ DANS LA SUBSTITUTION PERMISE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Etude de la jurisprudence</i>	152
CHAPITRE II. — <i>Etude de la doctrine</i>	159
SECTION I. — Théorie du droit conditionnel	159
SECTION II. — Théorie de la propriété <i>ad tempus</i>	165
SECTION III. — Le grevé est propriétaire à charge de conserver et de rendre	167
CHAPITRE III. — <i>Essai d'une construction</i>	173
CONCLUSION	185

